



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

Processo nº 19839.000014/2009-45
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.414 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2014
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente EMPRESA AUTO ÔNIBUS PENHA SÃO MIGUEL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - VALORES APURADOS EM PROCEDIMENTO FISCAL COM APREENSÃO DE DOCUMENTOS - CONSTATAÇÃO DE NÃO ESCRITURAÇÃO DA TOTALIDADE DOS FATOS GERADORES - LANÇAMENTO DAS DIFERENÇAS

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e conseqüente concordância com os termos do AI de obrigação acessória e principal.

Resta claro no relatório fiscal, que os valores apurados são fruto da apreensão de documentos, embasando o lançamento das diferenças encontradas.

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - MULTA - PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do CARF: “É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.”

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

Não cabe apreciação entre cumulatividade entre UFIR e SELIC se as competências remanescentes, após a aplicação da decadência quinquenal não vislumbram tal cumulatividade.

DIREITO AO ABATIMENTO DE REEMBOLSOS - NÃO COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VALORES NÃO DESCONTADOS

Tendo o auditor descrito no próprio relatório fiscal, o desconto de todos os recolhimentos, parcelamentos e reembolsos a que o recorrente tinha direito,

não há o que ser apreciado, se simplesmente argumenta o recorrente sem apresentar nenhum erro efetivo da fiscalização.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/12/1998

PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL -
SÚMULA VINCULANTE STF - DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES -
RAIS

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n.º 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”.

Sendo constatado a ocorrência de fraude na escrituração contábil, afasta-se a aplicação da decadência consubstanciada no art. 150, § 4º do CTN, aplicando-se a decadência de acordo com o disposto no art. 173, I do CTN.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar de nulidade; II) rejeitar a arguição de decadência; e III) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Léo Meirelles do Amaral, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

A presente NFLD, lavrado sob o n. 35.421.941-3, em desfavor do recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho,, face a a remuneração indireta paga a segurados empregados sob a forma de Salário Utilidade, no período de 01/1993 a 12/1998

Conforme descrito no relatório fiscal, fls. 12 e seguintes, foi realizado procedimento fiscal, onde apurou-se Dentre os documentos apreendidos, além das folhas de pagamento de empregados e seus respectivos resumos do período de 01/1993 à 12/1998, contemplando a totalidade das remunerações pagas pela empresa, havia também outros resumos de folhas de pagamento de empregados do mesmo período. Analisando-se esses outros resumos, constatou-se que eles registravam parcialmente as remunerações pagas pela empresa aos seus segurados empregados. Verificou-se também, que esses outros resumos foram os mesmos apresentados à fiscalização durante o procedimento de revisão de auditoria fiscal encerrado em 27/05/2002 e que foram desconsiderados naquela oportunidade, pois, comparando-se os valores das remunerações registradas nesses resumos, aos valores das remunerações aferidos com base nos depósitos lançados nos Extratos Empresa para Análise de Ocorrências do FGTS fornecidos pela CEF, aos valores das remunerações declarados na RAIS, e finalmente, aos valores das remunerações informados nas planilhas fornecidas pela São Paulo Transportes S.A - SPTrans, ficou patente que esses resumos não contemplavam a totalidade das remunerações pagas pela empresa aos seus segurados empregados.

Com relação à escrituração contábil apreendida, foi constatado que os Livros Diário n.º47 à 66, relativos ao período de 01/1993 à 12/1997, também registravam parcialmente as remunerações pagas aos segurados empregados da empresa constante das folhas de pagamento de empregados e de seus respectivos resumos. Esses registros parciais também foram verificados nos Livros Razão dos anos de 1994, 1996 e 1997. No entanto, nos Livros Razão de 1993 e 1995 foi constatado o seguinte:

Livros Razão de 1993 Nesse ano, a empresa elaborou Livros Diário e Razão contendo registros distintos. Nos Livros Razão foram verificados lançamentos contendo a totalidade das remunerações pagas aos segurados empregados da empresa. Porém, nos Livros Diário desse período, omitiu-se parcialmente esses lançamentos. Exemplificando, na folha 110 do Livro Razão de 10/1993, existem dois lançamentos a débito na conta n.º 3.1.1.1.02 (Cobreadores), um datado de 29/10/1993 no valor de CR\$ 66.658.302,58 e outro datado de 31/10/1993 no valor de CR\$ 22.219.434,20. No entanto, no Livro Diário n.º 50 (autenticação n.º 196809 - JUCESP) relativo ao período de 10/1993 à 12/1993, co*hstatoii-se unicamente o lançamento do dia 31/10/1993, conforme folha 126 do Livro Diário. Já o lançamento do dia 29/10/1993 foi omitido no Livro Diário, pois, pela seqüência cronológica de escrituração contábil, deveria ter sido lançado na folha 106 (anexo cópia das folhas citadas). O mesmo fato ocorre com outros lançamentos do dia 29/10/1993 envolvendo outras contas, tais como: conta n.º 3.1.1.1.01 (Motoristas) e conta n.º 3.1.1.1.03 (Fiscais).

Livros Razão de 1995 Excepcionalmente, em 1995, a empresa além de elaborar Livros Diário e Razão contendo registros distintos conforme verificado no ano de 1993, elaborou também um segundo Livro Razão registrando parcialmente as remunerações pagas aos segurados empregados da empresa, conforme verificado nos anos 1994, 1996 e 1997. Ou seja, existem dois Livros Razão relativos as mesmas competências, porém, um registra a totalidade das remunerações pagas aos segurados empregados da empresa e o outro omite lançamentos. Foram anexadas a presente notificação cópias das folhas 151 e 152 do Livro Razão que registra parcialmente as remunerações dos empregados e das folhas 116 e 180 do Livro Diário n.º 57 (autenticação n.º 55812 - JUCESP) que também registram parcialmente essas remunerações, conforme verificado nas contas ns.º 3.1.1.1.01 (Motoristas), 3.1.1.1.02 (Cobreadores) e 3.1.1.1.03 (Fiscais).

Anexou-se ainda, cópias das folhas 156 e 157 do Livro Razão que registra a totalidade das remunerações dos empregados e das folhas 123 e 159 do Livro Diário n.º 57, onde pela seqüência cronológica de escrituração contábil deveriam ter sido registrados, nas mencionadas contas, os lançamentos dos dias 21/07/95 e 28/07/95 constantes do Livro Razão.

Assim, considerando-se que a própria documentação contábil da empresa ora registra a totalidade das remunerações pagas aos seus segurados empregados e ora registra apenas parcialmente essas remunerações, descumprindo as normas legais pertinentes, fatos que, em tese, configuram crime contra a Seguridade Social definido no art. 95, alínea "c", da Lei n.º 8.212/91 e os crimes de falsificação de documento e de uso de documento falso, previstos nos artigos 297 e 304 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), foi formalizada e encaminhada à autoridade competente Representação Fiscal para Fins Penais.

Tendo em vista tudo que foi exposto no item 2, a fiscalização utilizou-se das folhas de pagamento de empregados e seus respectivos resumos, contemplando a totalidade das remunerações pagas aos segurados empregados da empresa, no período de 01/1993 à 12/1998 (inclusive 13.º salário), para apuração das contribuições sociais devidas.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 24/02/2003, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 27/02/2003.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou defesa, fls. 181 a 183, onde alega em síntese, cerceamento do direito de defesa, face a não devolução dos documentos apresentados, decadência, não foram deduzidos os valores a que tem direito: salário família, maternidade, faltas etc. Pugna que seja suspendo o procedimento até a devolução dos documentos e reabertura do prazo de defesa.

Tendo sido restituídos os documentos a empresa apresenta nova impugnação, fls. 219 a 224, onde volta a alegar decadência, que as supostas diferenças foram incluídas no REFIS, e que não foram abatidos os reembolsos a que a empresa tem direito.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, fls. 233 a 239, destes autos:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.CUSTEIO.

DECADÊNCIA. ENCARGOS MORATÓRIOS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos seus

empregados e empresários, conforme determinam os arts.20, 22 III, 28 I, 30 I "a" e "b", 33 e 94 da Lei 8212/91; LC 84/96.

Extingue-se após 10 (dez) anos o direito da Seguridade constituir seus créditos.

Vencido o débito tributário, sujeita-se o inadimplente aos acréscimos legais previstos na legislação vigente à data da ocorrência do fato gerador.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 245 a a , no corpo do processo 16045.000206/2010-33, tido pela fiscalização como AI Principal, onde alega:

Impossibilidade de levar aos autos os documentos, tendo em vista o exíguo tempo e o volume;

Decadência do lançamento;

Inclusão das verbas em parcelamento especial;

Cumulatividade da correção pela UFIR e taxa SELIC;

Não procedeu o auditor as deduções cabíveis.

Foi emitido despacho decisório que reconheceu a decadência parcial do lançamento até 11/1996, fls. 354 a 356, cuja ementa transcrevo a seguir:

LANÇAMENTO DE DÉBITO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. REVISÃO DE OFÍCIO.

Enunciado de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, após a sua publicação, vincula toda a administração pública. A autoridade competente deve rever de ofício o lançamento de débito que não observou o prazo decadencial quinquenal do Código Tributário Nacional, face à declaração de inconstitucionalidade do Art. 45 da Lei nº 8.212/91 pela Súmula Vinculante nº 8 do STF (DOU 20/06/2008).

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

A empresa manifestou-se pedindo o cancelamento dos débitos, bem como a exclusão dos mesmos do parcelamento da lei 11.941/99, por estarem extintos pela decadência.os débitos até a competência 01/1998.

O contribuinte, apresentou pedido a PGFN, fls. 416 e seguintes, no seguinte de que embora tenha interposto recurso ao CARF o mesmo não foi concedido em função da falta de depósito recursal, contudo tal decisão fere a súmula vinculante n. 21. Isso significa que a Execução Fiscal 2005.61.82.016262-0, em curso pela 1ª Vara Federal de Execuções Fiscais, é fundamentada em CDA nula, porque constituída em desacordo com a Súmula Vinculante nº 21 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Foi emitido parecer da PGFN, fls. 435, destacando a inclusão dos referidos débitos em parcelamento.

Ocorre, entretanto, que o interessado consolidou seu parcelamento dos débitos referentes a estes autos, reconhecendo a liquidez e certeza do débito, nos termos do art. 6.º da Lei 11.941/2009.

Assim, com a confissão irretratável do débito, descabe qualquer análise de recurso administrativo, posto que o reconhecimento do débito importa necessariamente a desistência de eventual recurso.

Pelo exposto, indefere-se o pedido do interessado, sendo certo que eventual deferimento futuro, por qualquer meio, implicará desistência do parcelamento em curso e reconstituição dos débitos sem as reduções previstas na mesma Lei 11.941/2009.

A empresa encaminhou pedido de reconsideração a procuradoria, 438 a 456, onde requer a PGFN RECONSIDERAR a decisão anterior e determinar o CANCELAMENTO do débito aqui versado da Dívida Ativa da União, bem como promover, junto ao meritíssimo Juízo da 1ª Vara Federal de Execuções Fiscais, a EXTINÇÃO da Execução Fiscal nº 2005.61.82.016262-0.

A DRFB apresentou manifestação encaminhando ao recorrente intimação para em desejando apresentar novo recurso, fl. 488.

A empresa aditou o recurso manifestando-se:

Por se tratar de uma consequência da r. decisão de fls. 262, o débito definitivamente constituído também é nulo, assim como são nulas a certidão de dívida ativa (CDA), que o representa, e a execução fiscal que a tem por fundamento. De fato, é o que diz expressamente o parágrafo 1.º do referido artigo 59 do Decreto 70.235/7.

Nesse sentido, muito embora tenha gerado um débito, a r. decisão de fls. 262 produziu efeitos favoráveis à recorrente, porque esse débito é eivado de vício que o impede de ser legitimamente cobrado.

Ora, tendo sido proferida em 09 de dezembro de 2004, o direito de a administração anular a r. decisão de fls. 262 se extinguiu, pela decadência, em 09 de dezembro de 2009.

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 126. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Em sede de preliminares duas são as alegações do recorrente:

- a) Por se tratar de uma consequência da r. decisão de fls. 262, o débito definitivamente constituído também é nulo, assim como são nulas a certidão de dívida ativa (CDA), que o representa, e a execução fiscal que a tem por fundamento. De fato, é o que diz expressamente o parágrafo 1.º do referido artigo 59 do Decreto 70.235/7.
- b) Nesse sentido, muito embora tenha gerado um débito, a r. decisão de fls. 262 produziu efeitos favoráveis à recorrente, porque esse débito é eivado de vício que o impede de ser legitimamente cobrado.

QUANTO A NULIDADE DO PROCEDIMENTO

Ao apreciarmos os termos do recurso do recorrente, identificamos que o mesmo entende que a nulidade do despacho às fls. 262, importará a nulidade de todos os atos praticados a posteriori, bem como acaba por viciar todo o procedimento, entendendo que razão não lhe assiste, para que seja decretada a nulidade do lançamento.

Assim, após análise do procedimento fiscal e dos demais procedimentos que importaram a constituição da CDA, bem como o fato de ter sido reintimado o recorrente, entendendo que razão não assiste ao mesmo.

Em primeiro lugar, a constituição do crédito em si, não apresenta qualquer vício capaz de nulificá-lo. Observa-se que quando da primeira intimação do lançamento, ao apresentar impugnação argumentou o recorrente em sede preliminar a supressão do direito de defesa, já que os documentos apreendidos que ensejaram a lavratura da presente NFLD não haviam sido devolvidos.

Constatada a razão do recorrente, e que os documentos foram devolvidos após o prazo para interposição da defesa, o contribuinte foi novamente cientificado, oportunizando-lhe a reabertura do prazo para a apresentação da defesa. Dessa forma, afastada encontra-se qualquer nulidade até então aventada.

Daí em diante, o procedimento seguiu o tramite correto, tendo sido emitida a decisão de primeira instância, fl. que negou provimento ao recurso, porém reformada essa

decisão por meio de despacho decisório que reconheceu a decadência parcial do crédito, fls. 314 a 326

Contudo, após essa segunda decisão o recorrente apresentou recurso ao este Conselho, porém foi negado seguimento ao mesmo em dezembro/2004, tendo em vista que a ausência de depósito recursal à época importava deserção ao direito. Entendo que correto o procedimento adotado à época, já que a súmula vinculante n. 21, somente foi editada em 2009, ou seja, o prosseguimento correto foi adotado com a constituição da CDA.

Tendo requerido a aplicação da súmula vinculante n. 21 ao caso concreto, decidiu aquela autoridade (DRFB) pelo cancelamento da CDA em andamento e a cientificação do recorrente para em desejando proceder ao aditamento do recurso apresentado

Assim, afasto qualquer nulidade argüida pelo recorrente, considerando que os elementos constantes do processo tornaram claro o procedimento realizado, e que a nulidade da execução não anulou todo o procedimento fiscal, mas reinstalou o contencioso administrativo, permitindo ao recorrente o exercício do amplo direito de defesa.

Ora, o crédito foi devidamente constituído, e correu o trâmite devido até que fosse questionada a aplicação da súmula vinculante n. 21.

Assim, rejeito a nulidade argüida pelo recorrente.

DA DECADÊNCIA

Já quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, entendo cabível a sua apreciação.

Em primeiro lugar, devemos analisar o contexto da NFLD, ora objeto de julgamento, qual seja, foram apurados diversos levantamentos ora sobre diferenças de contribuições, ora sobre fatos geradores não considerados pelo recorrente como ensejadores de contribuição previdenciária, tendo em vista a apreensão de diversos documentos, por meio de devido procedimento fiscal específico, onde restou comprovado que a empresa não incluía em folhas de pagamento e na própria contabilidade a totalidade dos fatos geradores, omitindo pagamentos feitos aos segurados empregados. Referida constatação, pode ser concluída da leitura do relatório fiscal, fl. 78 e seguintes. Porém, antes de identificar o período abrangido pela decadência, exponha a tese que adoto sobre o assunto.

Dessa forma, quanto a aplicação da decadência quinquenal, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido à decisão do STF. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, profiro meu entendimento.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n.º 8, senão vejamos:

***Súmula Vinculante nº 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”.*

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de

seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de imediato, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias. Cite-se o posicionamento do STJ quando do julgamento proferido pela 1ª Seção no Recurso Especial de n.º 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do

preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "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." 9. 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, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com

fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei 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, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar 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 impositivo, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. Por seu turno, nos casos em que inexistente dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN. 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo

decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intrIBUTÁVEIS, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

Podemos extrair da referida decisão as seguintes orientações, com o intuito de balizar a aplicação do instituto da decadência quinquenal no âmbito das contribuições previdenciárias após a publicação da Súmula vinculante nº 8 do STF:

Conforme descrito no recurso descrito acima: “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, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida

preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento assim estabelece em seu artigo 173:

"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."

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

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 do 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. (grifo nosso)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173, I ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições omitidas para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias.

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Contudo, antecipar o pagamento de uma contribuição significa delimitar qual o seu fato gerador e em processo contíguo realizar o seu pagamento. Não fosse apenas esse o argumento, o próprio § 4º do art. 150 do CTN, afasta a sua aplicação, quando constatado dolo, fraude ou simulação. Senão vejamos:

“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.”(grifo nosso)

Ora, entendo que a situação que ensejou o presente lançamento se amolda ao exceção do dispositivo transcrito, já que constatado pela fiscalização diversos lançamentos contábeis distintos nos livros, bem como o fato de nas folhas de pagamentos não estarem incluídos diversos pagamentos:, indicou o auditor em seu relatório a tipificação penal, como argumentos para representação fiscal para fins penais elaborado pelo mesmo. Cite-se trecho do relatório:

Assim, considerando-se que a própria documentação contábil da empresa ora registra a totalidade das remunerações pagas aos seus segurados empregados e ora registra apenas parcialmente essas remunerações, descumprindo as normas legais pertinentes, fatos que, em tese, configuram crime contra a Seguridade Social definido no art. 95, alínea "c", da Lei n.º 8.212/91 e os crimes de o artigos 297 e 304 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), foi formalizada e encaminhada à autoridade competente Representação Fiscal para Fins Penais.

Na verdade, entendo ser aplicável em regra o art. 173, I do CTN, considerando a indicação de fraude na falsificação de documentos contábeis e fiscais. O art. 72 da Lei nº 4.502, de 30.11.1964, definiu a fraude, sob a ótica tributária, ao conceituar que "é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento". (

Assim, no lançamento em questão a lavratura da NFLD deu-se em 24/02/2003, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 27/02/2003, os fatos geradores descritos nos levantamentos acima ocorreram entre as competências 01/1993 a 12/1998, dessa forma em aplicando-se o art. 173, I do CTN, encontrariam-se decadentes as contribuições até 11/1997, contudo referida decadência já foi declarada pelo julgador de primeira instância, não havendo qualquer reparo a ser feito na decisão proferida.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito não há muito o que ser apreciado. Primeiramente, o procedimento adotado pelo auditor na aplicação da presente AIOP seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita.

Não houve ataque ao mérito do lançamento, mas tão somente a nulidade do mesmo, face o entendimento do recorrente de que o procedimento era nulo, face a declaração que o processo retornasse ao CARF e fosse anulada a CDA.

Passemos agora apreciar os termos trazidos no recurso original quanto ao mérito::

- I. Inclusão das verbas em parcelamento especial;
- II. Cumulatividade da correção pela UFIR e taxa SELIC;
- III. Não procedeu o auditor as deduções cabíveis.

INCLUSÃO EM PARCELAMENTO

Quanto a inclusão em parcelamento especial, observa-se nos autos que o DEBCAD em questão não foi incluído no referido parcelamento, tendo inclusive sido alvo de execução fiscal/

APLICAÇÃO DE JUROS

Quanto a cumulatividade de UFIR e SELIC, não há o que ser enfrentado, já que todo o lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos após a edição do plano real, sendo apenas os valores não pagos atualizados com base na SELIC, o que não apenas encontra respaldo legal, como conduz o próprio entendimento do CARF.

Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

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 n.º 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.

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 excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do CARF: “É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”

DAS DEDUÇÕES

Quanto as deduções melhor sorte não assiste ao recorrente, tendo em vista que citado no relatório fiscal o abatimento de tais valores, conforme transcrito abaixo:

4.1 As contribuições recolhidas parcialmente pela empresa através de Guias de Recolhimento da Previdência Social - GRPS e Guias da Previdência Social - GPS, bem como, os valores pagos pela empresa a título de Salário-Família. Salário-Maternidade e Auxílio Natalidade, foram deduzidos das contribuições apuradas, conforme demonstrado no DAD.

Também foram deduzidas as contribuições declaradas, confessadas e parceladas pela empresa junto ao INSS através dos DEBCAD ns.º 31.620.033-6, 31.384.946-3, 32.376.574-2, 32.376.575- 0, 32.376.576-9 e 35.070.665-4,^ relativas ao período de 01/1993 à 12/1998 (inclusive 13.ºsalário). Todos esses valores foram- obtidos junto ao Sistema Informatizado de Dados INSS/DATAPREV.

Tendo o auditor descrito no próprio relatório fiscal, o desconto de todos os recolhimentos, parcelamentos e reembolsos a que o recorrente tinha direito, não há o que ser apreciado, se simplesmente argumenta o recorrente sem apresentar nenhum erro efetivo da fiscalização. No caso, competiria ao recorrente pelo menos indicar algum reembolso que não tivesse sido efetivamente descontado.

Por todo o exposto, entendo que o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da decisão proferida, haja vista os argumentos apontados pela recorrente serem incapazes de refutar a presente autuação.

Processo nº 19839.000014/2009-45
Acórdão n.º **2401-003.414**

S2-C4T1
Fl. 10

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, para rejeitar a nulidade do lançamento e no mérito NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

E como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.