



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

Processo nº 35232.000453/2007-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-00.877 – 3ª Turma Especial
Sessão de 27 de julho de 2011
Matéria CP: FOLHA DE PAGAMENTO DE SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - PARTE DESCONTADA.
Recorrente HOSPITAL DO CORAÇÃO DE NATAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2002 a 01/09/2006

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

NOTIFICAÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PERÍCIA DESNECESSIDADE. REJEIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DEFESA PRÉVIA. INEXISTÊNCIA. CRITÉRIOS MATERIAIS E QUANTITATIVOS EXPRESSÃO NO LANÇAMENTO. SELIC. LEGALIDADE.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro Andrade, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD - DEBCAD 37.053.999-0, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 52 e 53, com período de apuração de 05/2002 a 08/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 42.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 23/02/2007, Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 12/03/2007, as fls. 58 a 73, a qual foi acompanhada dos documentos, de fls. 74 a 99.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 100.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação – DN Nº 18.401.4/0078/2007, fls. 101 a 112, em 04/04/2007. Na qual a notificação foi considerada procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 17/04/2007, AR, fls. 115.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, fls. 119 a 138, onde alega em síntese.

- Preliminarmente –
- Que o recurso é tempestivo;
- Que o depósito recursal é inconstitucional;
- Que na decisão guerreada o julgador alegou não poder tecer comentários sobre a inconstitucionalidade de normas;
- Que os requisitos para a realização de perícia não foram cumpridos, indeferindo a mesma e isto caracteriza cerceamento de defesa;
- Que não acolheu a tese de cerceamento de defesa, pois a notificação só deveria ser lançada depois da apreciação do auto de infração;
- Mérito –
- Que a notificação foi levantada corretamente nos termos da legislação e em razão de contribuições previdenciárias;

-
- Que a alíquota dos empregados e contribuintes individuais é de 20% e para as cooperativas de 15%;
 - Que a empresa vem cumpridos todas as suas obrigações não havendo irregularidade em relação a estas, requerendo prazo para a juntada de todos os comprovantes de pagamentos de 04/2003 a 08/2006;
 - Que recolher contribuição em atraso não é inadimplência, pois os tributo foi pago;
 - Que o julgador *a quo* nada falou sobre a abusividade e excesso da multa de mora e seu caráter confiscatório, abusividade e inconstitucionalidade da SELIC, anatocismo, sendo necessário este conselho pacificar a matéria e julgar improcedente a notificação;
 - Que duas são as principais defesas na notificação, uma delas o lançamento da notificação antes do julgamento dos autos de infração;
 - Que a multa aplicada é arbitrária, excessiva, não gradual e confiscatória, que impossibilita a atividade econômica e prejudica os investimentos na empresa;
 - Que a multa leva em conta o número de funcionários, mas em momento algum o fiscal autuante informou tal número, sendo impossível verificar o limitador, devendo ser aplicado o mínimo, sendo seu valor desproporcional e abusivo;
 - Que não ocorrem irregularidades, mas se por acaso existissem foram corrigidas antes do fim do prazo de impugnação, o que outra ação fiscal pode comprovar ou a realização de perícia;
 - Que das peças do auto não se verifica as irregularidades mencionadas pela fiscalização, sendo que o contribuinte é primário e não houve agravantes apuradas no AI;
 - Que a empresa recolheu todas as contribuições e nada deve na notificação fiscal;
 - Que não se excluiu o décimo - terceiro do cálculo e que a multa do salário utilidade/alimentação não é devida o valor da multa estratosférica, também, não;
 - Que o auditor suprimiu o devido processo legal, pois inviabilizou a defesa prévia, apresentado no AI 37.053.999-0, ante a falta de julgamento deste e o lançamento da notificação;
 - Que para ele recorrente a notificação só poderia ser expedida após julgamento do AI;
 - Que a CF trouxe a presunção de inocência, o direito e não só o devido processo legal e a ampla defesa, que o lançamento da notificação

antes de julgado o AI constitui condenação prévia e cerceamento de defesa;

- Que a recorrente não pode refutar a hipotética infração, defendendo-se previamente da emissão da notificação, sendo aplicada de imediato a multa, o que a torna inválida para todos os efeitos, pois fere direito constitucional, transcreve lição de CABM, com base na qual diz o contribuinte que defesa prévia é direito subjetivo;
- Que neste caso os meios e recursos cabíveis foram cortados ilegalmente, pois a notificação foi expedida antes do conhecimento do AI, devendo esta ser cancelada, transcreve decisão do TJRS, sobre defesa em infração de trânsito;
- Que na apuração do *quantum debeatur* o agente não informou de forma plena e eficaz como tais valores foram apurados, sequer informou o número de trabalhadores considerados;
- Que os demonstrativos analíticos e sintéticos não demonstram a forma como se chegou nos valores, nem o número de funcionários, o que torna a notificação insubsistente;
- Que a multa é excessiva, lançada ao bel prazer do auditor não pode prosperar, pois não informou o número de funcionários para estabelecermos os limites, dependendo o cálculo deste número apesar na negativa da primeira instância;
- Que a infração cometida é de pequena monta e já foi sanada e que assim a multa é desproporcional, irrazoável e descabida, além de não se poder fixar o limite legal por faltar o número de funcionários;
- Que a multa assume caráter confiscatório, vedado pela CF, sendo interdição à injusta apropriação do patrimônio, rendimentos ou capital financeiro;
- Que esta não pode comprometer o exercício do direito a existência digna, a prática de atividade ou a satisfação das necessidades básicas, pelo excesso de carga tributária; ainda, que em razão de multa excessiva;
- Que o valor estratosférico não é devido, sendo isto matéria pacífica no STJ, sendo lastimável que a administração continue a desrespeitar decisões de corte superiores, o que é um abuso, que devia ensejar punições;
- Que o CTN e a lei civil estipulam taxa de juros de 1% ao ano não devendo este ser maior;
- Que a taxa SELIC é remuneratória e não aplicável aos tributos, sendo que a legislação instituidora não determina sua forma de estipulação, o que se mostra inconstitucional;

-
- Que atos administrativos não podem estipular a taxa de juros;
 - Que se verifica na constituição dos débitos capitalização de juros, sendo este anatocismo e que tal instituto representa enriquecimento sem causa;
 - Finaliza pedindo: a) declaração de improcedência da notificação; b) não acolhido o pleito anterior, que sejam afastados: a multa arbitrária e desproporcional; juros moratórios além de 1% am; taxa SELIC; anatocismo; c) recebimento do recurso sem o depósito.

Consta, dos autos, as fls. 167 a 171, sentença de procedência no MS 2007.84.00.003216-2 para que os recursos administrativos sejam processados sem a exigência do depósito recursal.

O Recurso Voluntário foi considerado tempestivo, fls. 179.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 179..

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, em 11/05/2007, conforme, fls. 118 e 119, uma vez que o contribuinte foi cientificado da decisão de primeiro grau, em 17/04/2007, AR, fls 115.

No que tange ao depósito recursal a empresa não o realizou, mas está amparado por sentença de procedência no MS 2007.84.00.003216-2, fls. 167 a 171.

Quanto ao depósito recursal, além do que foi dito acima, tem-se que, ainda, necessário a época da impetração do recurso voluntário, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002. Neste diapasão temos, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem.

Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, verifico no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo. (RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236. (grifos neste).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. Desta forma, e tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como em razão da decisão judicial, admito o presente recurso.

Na seara do contencioso administrativo os órgãos julgadores estão limitados em sua atividade cognitiva, assim, certas matérias lhe são vedadas ao conhecimento, a exemplo.

NO PRIMEIRO GRAU.

PORTARIA RFB Nº 10.875, DE 16 DE AGOSTO DE 2007 - DOU DE 24/08/2007

Art. 18. É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 4º do [Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997](#), pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

NO SEGUNDO GRAU.

PORTARIA MF Nº 256, DE 22 DE JUNHO DE 2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

(grifos meus).

Equivoca-se a recorrente ao arguir cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de perícia, pois este pode ser rejeitado, caso o perícia seja desnecessária ou protelatória, bem como se o seu pedido não preenche os requisitos legais. A jurisprudência é forte nesta vertente. Assim rejeita-se esta preliminar.

HABEAS CORPUS. ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/1986. ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE ABSOLVIDO. PEDIDO PREJUDICADO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA NA DEFESA PRELIMINAR E NA FASE DO ART. 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. RAZOABILIDADE. 1. Diante da notícia de que um dos pacientes foi absolvido na ação penal de que aqui se cuida, o writ mostra-se prejudicado quanto a ele. 2. É pacífico o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de que o deferimento de prova pericial e de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso, dentro da esfera de discricionariedade, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção. 3. Não há que falar em cerceamento de defesa se o indeferimento da realização da perícia está suficientemente justificado, de forma razoável, notadamente pela possibilidade de a defesa produzir provas diversas capazes de atingir o fim almejado com a perícia, assim também pela existência de outros elementos de convicção hábeis a comprovar a prática do delito, não evidenciado qualquer constrangimento ilegal. 4. Habeas corpus julgado prejudicado quanto a a Flávio Antônio Bonet e denegado em relação a Cezar Antônio Bonet. (HC 200601141456, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, 30/06/2008)

(grifo meu).

Os contribuintes de uma forma geral têm o livre exercício e arbítrio para concordarem ou não com o que bem entenderem, sendo sua prerrogativa pessoal.

Novamente equivoca-se o contribuinte não existe determinação para que uma Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD seja lançada só após o julgamento de um Auto de Infração, muito pelo contrário ambos são documentos constituidores de créditos previdenciários e podem ser lançados concomitantemente, basta ler os artigos artigo 33, *in fine* e o artigo 34 e 37, todos, da Lei 8.212/91 c/c, respectivamente, com artigo 293 e 243, ambos, do Regulamento da Previdência Social – RPS, apenso ao Decreto 3.048/99.

Da leitura da Decisão-Notificação – DN Nº 18.401.4/0078/2007, de fls. 101 a 112, não vislumbrei menção às alíquotas de contribuição e ainda que houvesse é irrelevante ao deslinde do crédito, uma vez que todas estão fixadas e determinadas em lei.

A lavratura do crédito tributário infirma a alegação de que a empresa cumpriu todas as suas obrigações previdenciárias e recolheu todas as contribuições devidas, pois se assim tivesse ocorrido bastaria apresentar as Guias da Previdência Social – GPS recolhidas é não haveria constituição do crédito. Aliás, quando o agente fiscal recebe a autorização/determinação de fiscalizar determinado contribuinte este de ante mão já recebe a informação de todos os recolhimentos efetuados por aquele contribuinte, pois registrados nos sistemas de controle de pagamento. O Relatório de Documentos Apresentados – RDA, de fls. 19 a 20, informam todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, via GPS, entre 05/2002 a 08/2006 e levados em consideração quando do lançamento deste crédito.

Não cabe a este colegiado marcar prazo para que o contribuinte apresente documento que já deveria estar incluso nos autos, até por que teve diversas oportunidades para fazê-lo e não o fez. Vejamos, no curso da ação fiscal, primeira oportunidade. No momento da apresentação da impugnação, segunda oportunidade, observado o que diz o artigo 16, § 4º, do Decreto 70.235/72. Na apresentação do Recurso Voluntário, terceira oportunidade. A qualquer momento entre a apresentação do recurso e seu julgamento, quarta, quinta, sexta e etc, oportunidades. Entre a constituição do crédito e o julgamento neste conselho passaram-se quatro anos e quatro meses e o contribuinte ainda, quer prazo para apresentar o de deveria ter apresentado no curso da fiscalização e por lei em última oportunidade na impugnação, mostra-se desarrazoado, impertinente e protelatório tal pedido. Assim indefiro o pleito.

Assiste razão ao contribuinte ao dizer que recolher tributo em atraso não é inadimplência ou o é apenas temporária, mas nos presentes autos até o momento está configurada a falta de recolhimento ou o recolhimento insuficiente das contribuições previdenciárias, pois o agente notificante chegou a conclusão da necessidade de constituir o crédito, sendo que até o momento o contribuinte alega que não deve, mas não fez prova desta alegação, o que seria simples com a apresentação das GPS recolhidas.

O julgador de primeiro grau asseverou tudo que lhe cabia sobre SELIC, multa moratória, nos itens 23 a 27, de seu decisório, de fls.101 a 112.

A multa aplicada decorre exclusivamente de culpa do contribuinte que deixou de cumprir com sua obrigação legal da forma estabelecida, qual seja recolher a contribuição previdenciária na forma, modo e data determinada em lei. Assim, cabe a aplicação de multa moratória. A multa não é excessiva, pois aplicada no valor estipulado pelo legislador federal, a quem compete constitucionalmente fazer juízo de valor e estipular o limite da multa. Não pode o empresário querer investir em sua atividade com o dinheiro do contribuinte, pois o risco da atividade econômica deve ser por este suportado e não pela sociedade, pois os lucros auferidos aquele não divide com a sociedade, assim não pode querer dividir os dissabores da atividade com a sociedade.

Os presentes autos referem-se a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD e assim nada ter a ver com o número de funcionários da empresa para o cálculo da exação, mas tão somente a remuneração dos funcionários que não foram oferecidas a tributação, estando tais dados discriminados no Discriminativo Analítico de Débito – DAD, de fls. 04 a 08, e Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 12 a 15.

Quanto a ocorrência da falta as alegações do contribuinte são no mínimo alto excludentes, pois ou não ocorreram, ou ocorreram e foram corrigidas, mas sua alegação diz que se caso ocorridos foram sanadas é intrigante. Como ele corrigiu um erro que não aconteceu, em suas palavras.

A ação fiscal não é meio de verificação das obrigações do contribuinte após este ter sido fiscalizado o pedido de perícia já foi analisado e rejeitado. A autoridade julgadora de primeiro grau deixou claro que as contribuições não foram recolhidas.

Como a empresa não recolheu todas as contribuições que eram devidas na forma da legislação em vigor, e o fato contábil caracteriza-se como base de cálculo da obrigação principal, não pode a Autoridade Notificante deixar de constituir, de imediato, Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, consolidando o crédito previdenciário devido, e garantindo o financiamento da Seguridade Social por toda a sociedade, conforme previsto nos artigos 10 e 11 da Lei 8.212/91.

No caso de NFLD é irrelevante ser o contribuinte primário e não ter ocorrido agravantes, pois a lei não estabelece em razão desses critérios favores legais, tendo em vista que a notificação exige a própria contribuição previdenciária em si e não qualquer tipo de sanção, mas sim o tributo propriamente dito.

O contribuinte retoma a retórica de que nada deve, pois tudo pagou, mas em momento algum faz prova desta alegação e o agente notificante deixou claro em seu Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC, de fls. 52 e 53, itens 3 e 4, que a notificação refere-se as diferenças de contribuições apuradas pela comparação entre folha de pagamento, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP e GPS.

O décimo – terceiro é base de contribuição previdenciária, nos termos do parágrafo 7º, do artigo 28, da Lei 8.212/91, não havendo razão para excluí-lo da notificação, também, não há multa estratosférica na notificação, mas apenas a multa de mora nos limite legais.

O presente crédito de número 37.053.999-0 não cuida de Auto de Infração, mas sim de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD.

Não há e nem houve supressão do devido processo legal pelo fato de que conjuntamente com este crédito foram cientificados ao contribuinte outros lançamentos, pois o contribuinte só pode apresentar defesa daquilo que teve conhecimento.

Além do que, os diversos créditos decorrem de rubricas distintas, exigências distintas e fundamentos, distintos. O fato de que para o contribuinte na visão deste a notificação só poderia ser emitida após julgamento do AI é irrelevante para o fisco, pois este haja sob o manto do artigo 37, caput, da CF/88 c/c o artigo 142, da Lei 5.172/66.

Em passagem supramencionado esclareceu-se que o fisco pode e deve lançar de forma conjunta Notificação Fiscal de Lançamento de Débito e Auto de Infração, pois os dois documentos são constituidores do crédito previdenciário e decorrem de situações distintas nos termos dos artigos 33, 34 e 37 da Lei 8.212/91 e dos artigos 243 e 293 do RPS.

Não há condenação prévia no lançamento da notificação, *nas palavras do contribuinte*, antes do julgamento do AI, pois é justamente com a notificação/comunicação/intimação do lançamento ao contribuinte que se oportuniza a este o exercício constitucional da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, sendo legalmente possível o lançamento concomitante de NFLD e AI como mencionado.

Na seara tributária não existe direito subjetivo a defesa prévia, pois simplesmente não existe defesa prévia prevista em lei, neste campo. Todo sistema que admite defesa prévia, tem tal situação estabelecida em lei e no lançamento tributário isto não ocorre, não há previsão legal.

Foi exaustivamente refutada a tese de que a notificação, conforme diz o contribuinte, só poderia ser emitida após julgada a defesa do auto de infração, nos termos dos artigos 33, 34 e 37, da Lei 8.212/91 e dos artigos 243 e 293, do RPS. Tal assertiva não é verdadeira, pois a Lei 5.172/66 e o Decreto 70.235/72, não registram a exigência de defesa prévia no âmbito tributário, sendo descabida e impertinente. Todavia no curso da ação fiscal o contribuinte deve prestar todos os esclarecimentos que entender necessários ao agente fiscalizador.

A citação do caso do TJRS em nada ajuda o contribuinte, pois no campo da infração administrativa do Código de Trânsito, o que é muito diferente das infrações tributárias. Mas, ainda, que se aplica-se, poder-se-ia vislumbrar que as fases do processo fiscal se encaixam em todas as prescrições da decisão. Notificação do lançamento = notificação de infração de trânsito. Impugnação tributária = defesa prévia. Autoridade preparadora comunica resultado impugnação e notifica para pagamento, parcelamento, recurso = notificação da penalidade. Contribuinte recorre = recurso do infrator de trânsito. Fim do recurso. Na seara fiscal pode o contribuinte parcelar ou pagar ou aguardar execução judicial = Na seara do trânsito paga ou é exigido no licenciamento. Assim, as fases se equivalem. Com as diferenças decorrentes dos distintos ramos do direito, com requisitos e princípios específicos e distintos em cada vertente jurídica.

De outro lado, ressalta-se, também, que o lançamento tributário, na modalidade de ofício, é direito potestativo do fisco e o contribuinte não tem participação em sua produção, assim diz a lei, a jurisprudência e a doutrina, veja as transcrições abaixo.

Lei 5.172/66

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

[illegible]

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE

*RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. 1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN). 2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. 3. **O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.** 4. Súmula TFR 153: "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos". 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial. (EDRESP 200900655845, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 14/02/2011)*

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUÊNAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. 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." 2. 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 inocorre 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)..7. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 201001395597, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 24/11/2010)

TRIBUTÁRIO - IOF - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - FATO GERADOR - DRAWBACK - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - IRRELEVÂNCIA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO POTESTATIVO AO LANÇAMENTO. 1. O IOF não é tributo inerente à atividade de importação/exportação e não integra, em regra, o Termo de Compromisso, forma de constituição do crédito tributário prevista na legislação aduaneira. 2. O fato gerador do IOF na operação de câmbio é a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este, nos termos do art. 63, II, do CTN. 3. A decadência, direito potestativo, não se interrompe, nem se suspende, de modo que o regime aduaneiro de drawback é irrelevante na fixação do termo inicial do prazo para a constituição do crédito tributário. 4. Recurso especial provido. (RESP 200702726133, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 18/02/2009)

[illegible]

Para uma melhor compreensão, pode-se citar o estado de sujeição em que se encontra o contribuinte ao lançamento tributário, não lhe sendo possível impedir o direito de a Fazenda Pública lançar o tributo. Efetuado o lançamento, no entanto, o sujeito passivo poderá simplesmente não realizar o pagamento, frustrando, então, a pretensão da Fazenda.

Nesse caso, o prazo para o Fisco efetuar o lançamento tributário (direito potestativo), segundo essa tese, seria de

*decadência. Já o prazo para a cobrança do crédito tributário não pago (direito a uma pretensão) de prescrição.*¹

[illegible]

O processo de determinação e exigência do crédito tributário, ou processo de acerto, ou simplesmente o lançamento tributário, divide-se em duas fases: (a) unilateral ou não contenciosa e (b) bilateral, contenciosa ou litigiosa.

Este processo também tem recebido a denominação de ação fiscal.

A fase não contenciosa é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo.

A fase não contenciosa ou unilateral termina com o termo de encerramento de fiscalização, que será acompanhado de um auto de infração nos casos em que alguma infração da legislação tributária tenha sido constatada.

*Denomina-se auto de infração o documento no qual o agente da autoridade da Administração tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal.*²

(todos os grifos meus).

Assim fica evidente que não há motivos, justificava ou direito do contribuinte interferir na atividade fiscal antes do lançamento. Não havendo violação a direito, pois até a notificação nada foi imputado ao contribuinte e este não pode se defender em face do nada.

O presente crédito não tem por base o número de trabalhadores, pois trata-se de notificação fiscal e não auto de infração e isto foi explicitado alhures. O valor do crédito é fixado de acordo com a base de cálculo e a alíquota estipulada em lei e o agente fiscal apenas aplicou o valor estabelecido e esclareceu de forma cristalina como tal valor foi obtido, basta ler o REFISC, fls. 52 e 53.

A alegação de que o Discriminativo Analítico de Débito - DAD e Discriminativo Sintético do Débito – DSD não demonstram os valores e número de segurados e que por isso a notificação é insubsistente é equivocada e impertinente, pois os relatórios mencionados em conjunto com os demais relatórios da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, trazem todos os elementos de configuração do tributo, tais como fato gerador, base de cálculo, alíquota, fonte de informações e etc. .

¹ HABLE, José. Decadência e prescrição no direito civil em confronto com o direito tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1941, 24 out. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11878>.

Auditor tributário da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, graduado em Agronomia pela UFPR, Administração de Empresas pela FAE e em Direito pela CEUB, pós-graduado em Direito Tributário pelo ICAT, mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB, professor de Direito Tributário é autor do livro: "A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo"

A multa aplicada é exatamente aquela determinada em lei para o caso de lançamento de ofício e definida pelo legislador, tendo o agente notificante apenas cumprido o que manda a lei. A primeira instância está correta em sua afirmativa, pois está notificação não depende do número de funcionários para o cálculo da multa. Pois a base de cálculo é a remuneração dos trabalhadores e a multa moratória e fixada em lei.

Os presentes autos não cuidam de Auto de Infração, mas sim de Notificação Fiscal, assim é impertinente a alegação de ser a infração de pequena monta, de ter sido esta sanada, de caráter confiscatório da multa punitiva, uma vez que o saneamento da infração só daria com o recolhimento total da contribuição não efetivada e isto não se comprovou, não há multa punitiva neste crédito, mas apenas multa moratória legal, deixar de recolher o tributo não é irregularidade de pequena monta, mas de 100% do valor da contribuição.

A Administração Pública atua dentro dos preceitos a ela imputados pelos artigo 37, caput, da CF/88 e das normas legais balizadoras de sua atividade. Qualquer comprometimento da atividade do contribuinte decorre de sua própria conduta descumpridora de suas obrigações legais como demonstrado neste autos.

O Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ já se manifestaram sobre a aplicabilidade da SELIC na seara tributária e este último, também, asseverou que tal taxa atende ao artigo 161, § 1º, da Lei 5.172/66, assim nada há de irregular nesta forma de atualização da moeda, conforme abaixo transcrito.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. JUROS. LIMITAÇÃO. ARTIGO 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A controvérsia relativa à aplicação da taxa SELIC sobre débitos tributários reside no âmbito infraconstitucional, circunstância que impede a admissão do recurso extraordinário. 2. O Pleno deste Tribunal já decidiu que o artigo 192, § 3º, da Constituição do Brasil, que limita as taxas de juros em 12% ao ano, necessita de regulamentação [ADI n. 4, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 25.6.93]. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 713488, EROS GRAU, STF)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO INATACADOS. SÚMULA 283/STF. NULIDADE DAS CDAs. SÚMULA 07/STJ. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. SELIC. LEGALIDADE. CARÁTER CONFISCATÓRIO DE MULTA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. A recorrente não infirmou as premissas que embasaram o acórdão recorrido para negar a produção da prova pericial – a legalidade da dívida não é função do perito e a forma de apuração do montante devido não foi objeto de impugnação – o que justifica a incidência, quanto ao ponto, da Súmula 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". 2. A insurgência recursal relativa ao cerceamento de defesa ante o indeferimento de realização da prova pericial vai de encontro à

jurisprudência desta Corte, que se posiciona no sentido de que avaliar a necessidade da produção de prova pericial atrai o óbice contido na Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 3. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA que aparelha a execução fiscal demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ. 4. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e o não-pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo. 5. O instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) não se aplica nos casos de parcelamento de débito tributário (REsp 1.102.577/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009, acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ). 6. É devida a Taxa Selic no cálculo dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal. 7. A apuração do caráter confiscatório da multa tributária depende da interpretação da norma prevista no artigo 150, V, da Constituição Federal, o que refoge ao âmbito do recurso especial. 8. Agravo regimental não provido.(AGA 201001365825, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 23/11/2010)

TRIBUTÁRIO. CDA. EXAME DE REGULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. ART. 261 DO CPC. ALEGAÇÃO EM PRELIMINAR DE CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO. 1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido. 2. Da análise detida dos autos, observa-se ainda que a Corte de origem não analisou, sequer implicitamente, o art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. A jurisprudência desta Corte permite a impugnação do valor da causa em execução fiscal apresentada em preliminar de contestação aos embargos à execução fiscal, sob o fundamento de que o critério do valor da causa em execução fiscal está prevista em lei (art. 6º, § 4º, da Lei n. 6.830/80), podendo ser alterado até mesmo de ofício pelo magistrado. 4. No que tange aos requisitos de validade da Certidão da Dívida Ativa - CDA, conclui-se que o Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, decidiu a questão com base nas provas dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 5. É pacífico na jurisprudência do STJ que é possível utilização da Taxa Selic como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários. 6. Não pode ser conhecido o presente recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois o

não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, deixou ele de demonstrar as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma. Agravo regimental improvido.(AGEDAG 201001476055, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 09/11/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. 1. "Avaliar a necessidade da produção de prova pericial atrai o óbice contido na Súmula 7/STJ, haja vista tal providência demandar o revolvimento do substrato fático-probatório permeado nos autos" (AgRg no Ag 989.493/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23/06/2008). 2. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA que aparelha a execução fiscal demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ. 3. É inaplicável o benefício do art. 138 do CTN ao tributo confessado e não-pago pelo contribuinte. 4. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp. n. 1.111.175/SP, de relatoria da Ministra Denise Arruda, pacificou entendimento, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, no sentido da legalidade da Taxa Selic, a qual incide sobre o crédito tributário a partir de 1º.1.1996 - não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária - tendo em vista que o art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95 preenche o requisito do § 1º do art. 161 do CTN. 5. O presente agravante regimental tratou, também, de questões diversas daquelas pacificadas em sede de recurso repetitivo, pelo que deixo de aplicar a multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC. 6. Agravo regimental não provido.(AGA 200900895519, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/09/2010)

A taxa SELIC é prevista no artigo 34, da Lei 8.212/91 e 35, desta lei, mas com a redação dada pela Lei 11.941/2009.

Diferentemente do que afirma e não prova o contribuinte não há capitalização de juros na notificação, pois o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, de fls. 35 a 37, na rubrica ACRÉSCIMOS LEGAIS – JUROS é esclarecedor aos dizer a forma como tal instituto é aplicado, como a seguir explicitado.

CÁLCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) 1% (UM POR CENTO) NO MES SUBSEQUENTE AO DA COMPETÊNCIA; B) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTAÇÃO DO TESOURO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA

FEDERAL/TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTODIA - SELIC NOS RESPECTIVOS PERÍODOS; C) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS DO PAGAMENTO.

(grifo meu).

Ou seja, no presente crédito os juros foram assim aplicados:

- 1% no mês subsequente ao da competência;
- taxa SELIC nos meses intermediários do período;
- 1% no mês do pagamento.

Fica evidente que os juros foram aplicados de forma isolada em suas respectivas competências de incidência, não havendo aplicação cumulativa como diz o contribuinte não prova.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO, porém afastando as preliminares suscitadas, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, ante a falta de suporte fático e jurídico das alegações da recorrente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.