



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

Processo n° 35232.000461/2007-18
Recurso n°
Acórdão n° 2803-00.532 – 3ª Turma Especial
Sessão de 15 de março de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente HOSPITAL DO CORAÇÃO DE NATAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 14/02/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE FATO GERADOR EM GFIP.

AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA DESNECESSIDADE. REJEIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RELEVAÇÃO OU ATENUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO DA FALTA. INOCORRÊNCIA. MULTA VALOR FIXADO E LEI. CONFISCO. INOCORRÊNCIA.

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, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Auto de Infração – AI – DEBCAD 37.053.995-8, CFL.30, deixar de preparar folha de pagamento das remunerações para ou creditadas a todas os segurados a seu serviço, de acordo com o padrões e normas estabelecidos pelo INSS, com período de apuração de 05/2002 a 08/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 08, objetiva a aplicação de penalidade por infração a dever instrumental, determinado por lei.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 14/02/2007, Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 01/03/2007, as fls. 17 a 23, a qual foi acompanhada dos documentos, de fls. 24 a 50.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 51.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação – DN Nº 18.401.4/0066/2007, fls. 52 a 56, em 26/03/2007. Na qual a autuação foi considerada procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 17/04/2007, AR, fls. 60.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, fls. 64 a 83, 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 e nem tão pouco sobre a desproporcionalidade da multa;
- Que os requisitos para a realização de perícia não foram cumpridos, indeferindo a mesma e isto caracteriza cerceamento de defesa;
- Que houve cerceamento defesa, pois a NFLD só poderia ter sido lançada, após decisão no AI;
- Que a decisão não citou os segurados;
- Que a empresa entregou todas as folhas corretamente ao fisco, ocorrendo que no período mencionado no AI - 02/2007 -, houve alteração no quadro funcional, o que resultou em alteração da folha;

- Que o valor da multa deveria ser de R\$ 636,17 e não o valor exorbitante cobrado, conforme determina a legislação que cita, sendo assim descabida e desarrazoada, devendo o fisco cumprir suas normas;
- Que sem razão de ser o fisco exige R\$ 1.156,95, mas funda a autuação no artigo 283 do RPS;
- Que sem explicação o fisco faz gradação da multa que fere a Constituição passando esta de R\$ 636,17 para R\$ 1.156,95;
- Que o contribuinte não concorda com a decisão de primeiro grau e interpõe o presente recurso para que o CRPS declare a improcedência da notificação;
- Mérito –
- Que a NFLD em comento foi lançada antes do julgamento dos AI 37.053.991-5, 37.053.992-3, 37.053.993-1, 37.053.994-0, 37.053.995-8, 37.053.996-6, especialmente do AI 37.053.995-8, que assim se imputou a penalidade sem saber se os débitos são devidos;
- Que tal conduta fere a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, em face de possível desconstituição dos créditos;
- Que a autuação decorre do não repasse de contribuições referentes a segurados empregados e contribuinte individuais;
- Que o auto é insubsistente, pois tudo foi informado, conforme provas juntadas;
- 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 é calculada por critérios matemáticos que leva em consideração o número de funcionários, mas em momento algum o fiscal autuante informou tal número e que assim deve ser levado em conta o número mínimo para não haver abusos;
- 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 a empresa recolheu todas as contribuições e nada deve, que não foi excluído o décimo-terceiro e que contesta-se juros, multas outros acréscimos legais SELIC e anatocismo;
- Que houve supressão do devido processo legal, pois a defesa prévia apresentada no AI 37.053.999-8 não foi julgada, mas a notificação foi expedida;

-
- 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 o auto insubsistente;
 - 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;
 - Finaliza pedindo: a) declaração de improcedência do AI; 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.

A alegações quanto ao juros moratórios; taxa SELIC e anatocismo não serão aqui resumidas, o que se explicará no voto.

Consta, dos autos, as fls. 112 a 116, sentença de procedência no MS 2007.84.00.003216-2 para que os recursos administrativos sejam processados sem a exigência do depósito recursal.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 124.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, em 11/05/2007, conforme, fls. 63 e 64, uma vez que o contribuinte foi cientificado da decisão de primeiro grau, em 17/04/2007, AR, fls 60. 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. 112 a 116.

A tempestividade do recurso foi reconhecida.

Quanto ao depósito recursal, ainda, que 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 em MS, admito o presente recurso.

Na seara do contencioso administrativo os órgão julgadores estão limitados em sua atividade cognitiva, assim, certas matérias lhe são vedadas o 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 argüir cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de perícia, pois este pode ser rejeitado, caso a perícia seja desnecessária ou protelatória, bem como 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 Flávio Antônio Bonet e denegado em relação a Cezar Antônio Bonet. (HC 200601141456, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, 30/06/2008)

(grifo meu).

O lançamento é atividade administrativa plenamente vinculada, o agente fiscal não tem competência ou autorização legal para fazer juízo de valor sobre a matéria. Assim, constatada a ocorrência do fato gerador e o não recolhimento espontâneo do tributo só resta a este uma atitude lançá-lo. No Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF pode-se observar que ao fim do procedimento fiscal o agente lançou seis Ai's e quatro NFLD's em face do contribuinte, fls. 50, dos autos da NFLD 37.053.999-0. Desta forma, não há violação a direito algum do contribuinte, pois o fisco apenas cumpriu com o seu dever, ao final da fase de apuração lançou os créditos que entendeu devidos, intimando o contribuinte destes lançamentos. Feita tal intimação é que se abre o momento do contribuinte falar nos autos e se quiser apresentar defesa.

Talvez o contribuinte não tenha se apercebido quando leu se é que leu o REFISC, de fls, 11 e 12, mas ali o fiscal autuante inseriu um tabela onde trás todas as informações e esclarecimentos em razão dos segurados não incluídos em folha de pagamento, inclusive com os nomes deste. Desta forma tal alegação é descabida.

O fato de supostamente ter havido alteração do quadro da empresa em 02/2007 em nada afeta o crédito ou modificaria a percepção do lançador. Tal competência não foi objeto do lançamento só foi objeto do lançamento o período de 11/2004 a 08/2006, conforme REFISC, de fls 11 e 12. Pode-se ver , também, do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, de fls. 09 e 10, que o agente autuante só solicitou as folhas de pagamento do período de 05/2002 a 08/2006. Desta forma, fica evidente que a folha de pagamento de 02/2007 e sua suposta alteração não tem relação com o presente AI.

O contribuinte não está familiarizado com a legislação no âmbito do lançamento fiscal previdenciário. Assim sendo, equivoca-se novamente ao dizer que a multa deveria ser de R\$ 636,17, sendo que a cobrada é exorbitante, descabida, desarrazoada e que o fisco não cumpre suas normas. O valor a que ele contribuinte se refere estava em vigor quando o Decreto 3.048/99 entrou em vigor em 05/99. Ocorre, porém, que o artigo 92 c/c o artigo 102, da Lei 8.212/91, dizem que os valores expressos em moeda serão reajustados com os menos índices e nas mesmas datas dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS

Na data do presente lançamento estava vigente a Portaria MPS/GM N° 342/2006, que estabelecia o valor mínimo da multa em R\$ 1.156,95, ou seja, o valor constante do crédito. As portarias que buscam atualizar tais valores para atendimento ao comando legal são sempre baseadas nas medidas provisórias que reajustam os benefícios e que depois são convertidas em lei. No caso desta portaria foi a MP 316/2006, substituída pela Lei 11.430/2006. Os valores das multa são fixados atendendo ao que determina a lei. No presente caso não houve gradação da multa, pois esta só ocorre quando na presença de circunstâncias agravantes as multas iniciais são majoradas. No caso em tela houve apenas a atualização de sua expressão econômica dentro da determinação legal.

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.

A recorrente novamente equivoca-se, pois nos autos em vergasta tem-se exatamente um Auto de Infração por descumprimento de dever instrumental. Assim como nos demais autos representados pelos números 37.053.991-5, 37.053.992-3, 37.053.993-1, 37.053.994-0, 37.053.995-8, 37.053.996-6, citados pelo contribuinte, pois todos estes, também, são Autos de Infração por descumprimento de dever instrumental. É bom observar que ele (contribuinte) chama este crédito de notificação (NFLD), mas também, lista-o com AI , o que demonstra uma certa confusão.

Nos casos citados acima todos os créditos decorrem de fatos e fundamentos jurídicos distintos não havendo interdependência entre eles, caso houvesse tal interdependência o que não ocorre em se tratado de lançamento, artigo 142, do CTN nada impede que eles sejam lançados concomitantemente, muito pelo contrário a lei impõe tal lançamento.

Desta forma, o lançamento simultâneo de diversos autos e notificação como seu deu no presente caso em anda afeta o direito de ampla defesa, contraditório e devido processo legal, pois só após notificado dos lançamentos é que os direitos ao contraditório e a ampla defesa, nascem, pois antes de notificado nem crédito existe. Como poderia o contribuinte se defender de algo que não está materializado, que não existe no mundo jurídico

exigir tal defesa é que seria cercear tal direito. Não há como produzir defesa de fato ou ato não imputado.

Volta a cometer equívoco o contribuinte, pois diz que a autuação é decorrente do não repasse de contribuições referentes a segurados empregados e contribuintes individuais. A autuação não tem nada a ver com repasse de contribuição. O fato fundamento da autuação é a não preparação de folha de pagamento nos padrões exigidos pela previdência social, uma vez que as remunerações dos trabalhadores contribuintes individuais não foram relacionadas neste documento. O presente crédito nada tem a ver com repasse ou não das contribuições.

A autoridade julgadora de primeiro grau asseverou em sua decisão que a folha de pagamento apresentada não é apta a corrigir a infração, haja vista que tais documentos não atendem aos requisitos legais.

Já quanto às folhas de pagamento apresentadas, anexas às fls. 46/50, verifica-se que as mesmas não cumprem os requisitos para folha de pagamento estabelecidos pelo art. 32, inciso I, da Lei nº 8.212/91, e no Regulamento da Previdência Social, no § 9º. do seu art. 225. A autuada apresenta uma folha única, envolvendo diversas competências de dois segurados, em vez de apresentar a folha de cada competência, enumerando todos os segurados e com a devida totalização. Tal procedimento, face ao disposto na legislação previdenciária acima citada "in verbis" e grifada, está incorreto, uma vez que para o devido cumprimento da obrigação acessória em pauta é necessária a apresentação de uma folha de pagamento única, completa e consolidada, por competência.

Sendo incabível é impertinente tal alegação. A correção da falta precisa ser demonstrada por documentos idôneos e eficazes para tal fim, o que aqui não ocorreu.

A multa aplicada decorre exclusivamente de culpa do contribuinte que deixou de cumprir com sua obrigação legal da forma estabelecida. 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 na sua atividade com o dinheiro do contribuinte e o risco da atividade econômica deve ser por este suportado e não pela sociedade, pois os lucros aquele não divide com esta.

Ficou consignado que a multa materializada por este auto de infração tem valor fixo determinado em lei, o fiscal nada calcula, basta enquadrar a conduta do contribuinte à norma. Assim, não há que se falar em critério matemático em muito menos em número de funcionários, pois tal multa não decorre desses parâmetros, sendo outro equívoco da recorrente.

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 de que se caso ocorridas 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 a falta não foi corrigida, o que já foi supratranscrito.

Consignou-se linhas atrás que o presente auto de infração nada tem a ver com falta de recolhimento de contribuições previdenciárias, mas tão somente decorre do não cumprimento de obrigação acessória imposta por lei, o que enseja a aplicação de multa, também, entabulada na lei. Desta forma, também, não há que se falar exigência do décimo terceiro. No presente caso os acréscimos a que se refere a recorrente não são aplicáveis em auto de infração por descumprimento de dever instrumental para comprovar isto basta ver que o valor inicial de 14/02/2007, fls. 01, é igual aos dos dias 02/03/2007, fls. 51 – 12/04/2007, fls. 59 – 05/10/2007, fls. 85 – relatórios Consulta Dados Identificadores de Processo – CCADPRO, todos com o mesmo valor.

O crédito de número 37.053.999-8 não cuida de Auto de Infração, mas sim de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD. Não há supressão de devido processo legal pelo fato de que conjuntamente com este foram cientificados ao contribuinte outros lançamentos, pois o contribuinte só pode apresentar defesa daquilo que teve conhecimento. Além do que, o 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.

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.

O auto de infração e a notificação fiscal são documentos distintos de constituição do crédito, sendo que esta materialização créditos decorrentes de fundamentos diversos. A notificação do lançamento ao contribuinte tem justamente a função de informar o contribuinte do débito que a ele é imputado, visando dar a este conhecimento da matéria tributária, oportunizando a este se desejar a apresentação de defesa. Assim sendo, inexistente invalidade no procedimento, pois não há direitos violados, muito pelo contrário o lançamento visa preservar os direitos do fisco e do contribuinte.

Na seara tributária não existe direito subjetivo a defesa prévia, pois simplesmente não existe defesa prévia. 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 julgado a defesa do auto de infração. Tal assertiva não é verdadeira, pois a Lei 5.172/66 e o Decreto 70.235/72, não registram esta exigência, sendo descabida e impertinente. 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 fase 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 diferença decorrentes dos ramos distintos, com requisitos e princípios específicos distintos em cada vertente jurídica.

*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 incoorre 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). 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.*

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

xx

O processo de determinação e exigência do crédito tributário, ou processo de acerto, ou simplesmente o lançamento tributário, dividi-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. O valor da multa é fixado por lei e o agente fiscal apenas aplicou o valor estabelecido e esclareceu de forma cristalina como tal valor foi atribuído, basta ler o REFISC, fls. 11 e 12.

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 o auto é insubsistente é equivocada e impertinente, pois Auto de Infração não possui tais relatórios, haja vista que estas são peças integrantes apenas de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD. Além do mais, o presente auto de infração não tem a ver com multa variável, mas multa de valor fixo determinado por lei.

Não há comprovação de que a falta tenha sido sanada, muito pelo contrário ficou demonstrado que as folhas de pagamento juntadas na defesa não corrigiram a falta. O contribuinte não tem como mensurar a extensão do seus atos junto ao fisco e a aplicação desta independem da intenção, efetividade, natureza e extensão dos efeitos, sendo estes irrelevantes na aplicação da multa.

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"

² Machado, Hugo de Brito - Curso de Direito Tributário - 13ª Edição - Editora Malheiros - 1998, pág. 336 e 337.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 9º, I, E 97, I, DO CTN. REPETIÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO VEDADA EM RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ART. 136 DO CTN. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA LOCAL E REITERAÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DA PENALIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. (RESP 200500865815, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, 02/02/2010).

A multa aplicada decorre exclusivamente da culpa do contribuinte que deixou de cumprir com sua obrigação legal da forma estabelecida. 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 e sua atividade com o dinheiro do contribuinte e o risco da atividade econômica deve ser por este suportado e não pela sociedade, pois os lucros aquele não divide com esta.

A multa não busca extrair do contribuinte seus direitos constitucionais. Não é esta a sua função. A função da multa punitiva é desestimular os contribuinte a querer deixar de adimplir sua obrigação originária, pois o fazenda esta ira incidir, ela buscar dissuadir a conduta “ilícita” antes de sua ocorrência.

As teses e argumentos sobre juros moratórios; taxa SELIC e anatocismo não citados na relatório e nem tratados no voto, pois tais itens não são aplicados em Auto de Infração, basta ver que, quando da lavratura do auto seu valor foi de R\$ 1.156.95, em 14/02/2007, sendo que em 02/03/2007 e 12/04/2007, respectivamente, fls. 51 e 59, relatório Consulta Dados Identificadores de Processo – CCADPRO o valor não foi alterado. Igual situação verifica-se 05/10/2007, fls. 85, relatório Consulta Dados Identificadores de Processo – CCADPRO, onde o valor continua sem alteração. Esta é a razão pela qual tais alegações não foram apreciadas.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por **CONHECER DO RECURSO**, porém afastando as preliminares suscitadas, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, tendo em vista que as alegações da recorrente não encontram suporte fático ou jurídico.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

