



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

Processo nº 35366.003857/2004-59
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-001.189 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente TELECOM. DE SÃO PAULO S/A — TELESP, sucessora de CTBC - Cia. Telefônica da Borda do Campo
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1997 a 30/11/1999

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicada a regra quinquenal da decadência do Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência com base em qualquer critério. Mantido o crédito tributário na parte onde houve desistência.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária - São Paulo Centro, Decisão-Notificação nº 21.401.4/007412005, que julgou a autuação procedente.

A autuação e a impugnação foram assim apresentadas no relatório da decisão recorrida:

DA AUTUAÇÃO

Trata-se de Auto de Infração, código de fundamentação legal 51, lavrado pela Fiscalização contra a empresa acima identificada, sucessora de CTBC — Cia. Telefônica da Borda do Campo — CNPJ 57.486.177/0001-67, que, de acordo com o rosto da autuação, de fls. iniciais, infringiu o Art. 52, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e alterações posteriores, ao distribuir dividendos a acionista estando em débito para com a Seguridade Social.

2. O histórico da sucessão das empresas encontra-se sumariado às fls. 216 e 217 do Relatório Fiscal da Infração e de Aplicação da Multa, de fls. 216 a 241 e anexos, de fls. 243 a 321.

3. Pela infração cometida foi aplicada a multa de R\$ 11.308.984,97 (onze milhões, trezentos e oito mil, novecentos e oitenta e quatro reais e noventa e sete centavos), na forma prevista no Art. 52, parágrafo único, c/c Art. 34, ambos da Lei 8.212/1991.

4. De acordo com o Relatório Fiscal da Infração, de fls. 216 a 241, a sucedida distribuiu dividendos aos acionistas em diversas oportunidades, conforme diagrama ilustrativo de fls. 249, havendo em cada uma dessas ocasiões débitos exigíveis pela Seguridade Social.

5. A ocorrência de circunstâncias agravantes, previstas nos Art. 290 e 292 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, não altera o valor da multa aplicada, para esse tipo de infração, de acordo com o disposto no Art. 683, § 4º I, da IN INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003, conforme esclarece o Relatório Fiscal de Aplicação da Multa de fls. 241.

DA IMPUGNAÇÃO

6. Regularmente notificada da autuação por via postal, em 19/11/2004, conforme cópia de AR de fls. 323, a empresa apresentou em 03/12/2004, por meio de suas procuradoras, instrumento de fls. 349 a 351 verso, impugnação tempestiva, de

fis. 325 a 348, e anexos, de fis. 349 a 406, em que alega, resumidamente:

Das Preliminares

5.1 que não se discriminou as competências dos valores lançados, menos ainda as datas em que foram realizadas as distribuições de dividendos, eivando a autuação de nulidade, ao não atender ao disposto no Art. 293 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99;

5.2 que a fiscalização entendeu que qualquer análise sobre a pendência de questionamento judicial acerca dos valores que o INSS entende devidos é irrelevante quando a empresa constitui uma provisão classificando a probabilidade de desfecho da demanda como perda provável, sendo portanto um reconhecimento da existência do débito;

5.3 que, não obstante, a fiscalização baseou-se exclusivamente nas informações da Procuradoria do INSS a respeito dos períodos em que as NFLDs indicadas estariam exigíveis;

5.4 que a impugnante não sabe de que infração é acusada, se de ter distribuído dividendos não estando a exigibilidade de débitos suspensa ou de o ter feito havendo supostamente reconhecido a existência de débitos em uma provisão contábil para a quitação de débitos previdenciários com exigibilidade suspensa;

5.5 que o relatório fiscal, a despeito de sua extensão e "proselitismo" não identifica a materialidade da infração;

5.6 que ao acusado não pode ser atribuído o ônus de adivinhar os fundamentos da acusação e de se defender sobre todos os possíveis motivos que a poderiam ter justificado;

Do Mérito

5.7 que não se reconhece força suficiente à Administração para exigir o pagamento do débito, razão pela qual esta deve submeter a pretensão ao judiciário;

5.8 que a referida exigibilidade nada mais é que uma presunção passível de ser elidida, daí que a situação de exigibilidade de um débito representava apenas a situação existente, naqueles momentos, a permitir à Administração ingressar em juízo;

5.9 que débito não é o que a Administração afirma existir, mas o que o Judiciário diz que é;

5.10 que a presunção de legitimidade de todas as NFLDs que fundamentam o Auto de Infração em comento foram elididas, por terem sido submetidas ao Judiciário;

5.11 que em todos os casos não há decisão definitiva;

5.12 que, de um total de sete NFLDs, em quatro o Judiciário já deu ganho de causa à impugnante;

5.13 que em seis NFLDs o próprio CRPS fixou entendimento de que a alíquota cabível de SAT é de 1 %, confirmando a improcedência da NFLD sub judice;

5.14 que em todos os casos a exigibilidade do débito está suspensa;

5.15 que a norma contida no Art. 52, I, da Lei nº 8.212/91 representa uma agressiva interferência direta na esfera particular, configurando verdadeiro obstáculo à gestão da pessoa jurídica de direito privado, negando ao investidor o direito à remuneração pelo capital investido com êxito;

5.16 que a única interpretação possível do dispositivo em questão, em consonância com os mandamentos constitucionais, é no sentido de que ele se destina a coibir a distribuição de bonificação ou lucros se esta distribuição tiver o escopo de esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica, inviabilizando o pagamento de contribuições previdenciárias reconhecida e inequivocamente devidas;

5.17 que no caso da norma em análise, admitir que a Administração quer apenas proibir e aplicar a vultosa penalidade sem qualquer razão, é aceitar o enriquecimento sem causa;

5.18 que as alíneas de a a c do inciso II, do Art. 106 do CTN, corroboram seu entendimento;

5.19 que no caso em comento não há débito e que os interesses do INSS estão preservados;

5.20 que insistir na aplicação dessa confiscatória penalidade é agir contra o ordenamento Jurídico;

5.21 que dispõe a legislação previdenciária, em especial o RPS, em seu Art. 291 que constitui circunstância atenuante da penalidade aplicada ter o infrator corrigido a falta até a decisão da autoridade julgadora competente;

5.22 que a aplicação da excludente de punibilidade acima ao caso em apreço é patente porque para a incidência da norma do Art. 52, I, da Lei 8.212/91 é fundamental que a conduta sancionável persista;

5.23 que são irrelevantes e equívocos os aspectos contábeis apontados pela fiscalização nos anexos IV a VII do Relatório Fiscal;

5.24 que a impugnante foi autuada na qualidade de sucessora;

5.25 que as penalidades impostas, que não possuem natureza tributária, têm caráter pessoal, ou seja, são intransferíveis, não podendo passar da pessoa a quem o ilícito é imputado;

5.26 que a pessoa jurídica sucessora de outra é responsável apenas pelos tributos devidos de acordo com o Art. 132 do CTN;

5.27 que os juros calculados pela taxa SELIC não são autorizados por lei para fins tributários.

6 Requer, finalmente, o reconhecimento da nulidade da autuação, em preliminar, no mérito, que seja julgada improcedente e como pedido sucessivo, requer a aplicação do disposto no Art. 291 do RPS.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega, em síntese, reprise os argumentos apresentados quando da impugnação, complementando apenas com o argumento de que com edição da Lei nº 11.051 de 29/12/2004, que altera o art. 32 da Lei nº 4.357, de 16/07/1964 caberia, com vista ao art.106, inciso II, "c" do CTN, a retificação da multa exigida para atender ao limite criado no §2º do art. 32 da Lei nº 4.357/64.

O processo foi analisado pela Segunda Câmara de Julgamento – 2ª CaJ - do CRPS que decidiu por baixar o processo em diligência.

Diante do constatado, faz-se mister a conversão do julgamento em diligência para que:

(i)os autos sejam remetidos à Secretaria da Receita Previdenciária, com trânsito pelo Órgão de Arrecadação da Procuradoria Geral Federal, para que seja juntada aos autos: (i) cópia da inicial e apresentação de certidão do andamento., atualizado dos processos judiciais mencionados no documento de fls: 243 247 e fls 444; (ii) relatório [prestação de informação] e apresentação do status atual dos processos administrativos fiscais mencionados e relacionados ao presente Auto de Infração e Ação Fiscal [fls. 243-447].

(ii) Ao; Órgão de Arrecadação para esclarecer e evidenciar se no período de;: distribuição de dividendos pela CTBC (fl. 219) e pela TELESP (antiga), fl. 220, os, critérios tributários indicados no Relatório fiscal para as empresas citadas, conforme fls..217/218, eram de direito exigíveis, ou, ao revés, se havia alguma Hipótese de suspensão da exigibilidade vigorando em relação a qualquer dos lançamentos.

(iii) Do resultado da referida ;diligência, deve a Recorrente ser cientificada e concedido prazo de .10 [dez] dias, para, querendo, manifestar-se;

(iv) após à realização desses procedimentos, devem os autos serem remetidos à 2ª CaJ para julgamento,. ressalvado:ò disposto no §2º, do art. 308, do Decreto nº 3.048/99

Em resposta, foi elaborado Relatório de Diligência Fiscal, que informa, resumidamente, que os créditos tributários nos quais se baseou a Fiscalização para lavrar

o Auto de Infração em tela (NFLD's 31.807.835-0, 31.807.836-8, 31.807.827-9, 31.807.833-3, 31.807.828-7, 31.048.216-0 e 32.083.030-6) eram juridicamente exigíveis nos momentos de distribuição de lucro apontados no Relatório Fiscal e que parte substancial do crédito lançado foi atingido pela decadência.

CONCLUSÃO

32. No que pertine à diligência demandada a esta Fiscalização, considerando-se que a própria Autuada reconheceu, em sua impugnação, que os créditos mencionados pela Procuradoria e indicados no Relatório Fiscal existiam; considerando-se que o art. 111, inciso I, do CTN determina que a legislação que dispõe sobre a suspensão do crédito tributário deve ser interpretada literalmente; considerando-se que no "quadro demonstrativo de valores de dividendos pagos", elaborado pela Autuada e apresentado à Fiscalização no curso da Ação Fiscal originária, e juntado no Anexo 3 do Relatório Fiscal do Auto de Infração (fl. 253 dos autos), a Autuada cita fiança bancária como causa de suspensão de exigibilidade, hipótese esta não considerada pela Procuradoria Federal, porém não juntou aos autos nenhuma carta de fiança bancária que pudesse comprovar suas afirmações e implicar em retificação da informação prestada pela Procuradoria; e considerando-se que nos autos a Autuada, ao exercer o direito de defesa, não juntou absolutamente nenhum outro elemento de prova que demonstrasse de forma cabal e conclusiva alguma incorreção na informação prestada pela Procuradoria Federal, tendo plena ciência dos créditos cuja exigibilidade necessitaria comprovar para livrar-se da penalidade imposta, **só se pode concluir que os créditos tributários nos quais se baseou a Fiscalização para lavrar o Auto de Infração em tela (NFLD's 31.807.835-0, 31.807.836-8, 31.807.827-9, 31.807.833-3, 31.807.828-7, 31.048.216-0 e 32.083.030-6) eram juridicamente exigíveis, sim, nos momentos de distribuição de lucro apontados no Relatório Fiscal a partir de informação prestada pela própria Autuada (fl. 253 dos autos).**

DA POSSÍVEL DECADÊNCIA DE PARTE SUBSTANCIAL DO CREDITO LANÇADO

34. Conforme se lê nos itens 10.1 a 10.3 do Relatório Fiscal, na fl. 219 dos autos, e no quadro demonstrativo dos valores pagos de dividendos, elaborado pelo sujeito passivo e juntado no Anexo III do Relatório Fiscal, na fl. 253 dos autos, a infração configurou-se pelo fato de terem sido pagos dividendos:

34.1. no valor de R\$ 22.492.293,29, no período de 16/05/1997 a 03/12/1997, quando estavam exigíveis as NFLD 31.807.835-0, 31.807.836-8, 31.807.827-9, 31.807.833-3, 31.807.828-7 e 31.048.216-0;

34.2. no valor de R\$ 125.676,66, no período de 09/10/1998 a 05/11/1999, quando estava exigível a NFLD 32.083.030-6.

35. Com relação aos dividendos pagos em 1997, entendemos que a infração cometida pela Autuada foi integralmente atingida pela decadência quinquenal prevista no art. 173, inciso I do CTN.

36. Como a Fazenda Previdenciária poderia ter autuado o contribuinte e lançado o crédito respectivo no próprio exercício de 1997, a contagem do prazo decadencial ter-se-ia iniciado no dia primeiro do exercício seguinte, ou seja, 01/01/1998, tendo completado cinco anos em 01/01/2003, o que inviabilizaria a subsistência da penalidade relativa aos dividendos pagos em 1997, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 16/11/2004, quando já estaria extinto o direito do Fisco de constituir o crédito tributário.

37. O mesmo se passaria em relação aos dividendos pagos em 1998. O problema é que, por falta de informações por parte da Autuada, não se sabe quais dividendos foram pagos especificamente no ano de 1998, e sequer se foram realmente pagos dividendos em 1998, porque, ao informar à Fiscalização os dividendos pagos a acionistas, a Autuada os informou para o período de 09/10/1998 a 05/11/1999, sem informar as datas exatas de pagamento.

38. Com relação aos dividendos pagos em 1999, a autuação deve ser mantida, porque o direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento somente se extinguiria em 01/01/2005, mas o lançamento foi efetuado antes disso, em 16/11/2004.

Ciente do resultado da diligência a recorrente manifestou-se questionando o cumprimento do item (i) da Diligência Fiscal, a decadência quinquenal (artigo 150, §4º), aplicação da multa benéfica - Lei nº 11.051/04, a competência do Fisco de definir o tributo devido (segundo a recorrente a competência é exclusiva do judiciário) e impossibilidade de imposição de multa à sucessora.

Em 05/08/2013 a recorrente protocolizou junto ao CARF requerimento de desistência parcial do recurso voluntário com relação ao período 10/1998 a 11/1999, destacando que “especificamente em relação ao período de 05/97 a 12/97 (Item 10.1 do Relatório Fiscal), resta inalterado o interesse recursal da requerente...”

É o relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

DECADÊNCIA

A questão da decadência quinquenal está pacificada.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

***Súmula Vinculante 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”.*

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n.º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN e decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação).

Para o caso presente, tanto pela regra do artigo 150 quanto pela do artigo 173 operou-se a decadência.

A ciência do lançamento ocorreu em 19/11/2004.

- **Após a desistência parcial do recurso voluntário restou apenas o período de 16/05/1997 a 03/12/1997; R\$ 22.492.293,29, quando estavam exigíveis as NFLD 31.807.835-0, 31.807.836-8, 31.807.827-9, 31.807.833-3, 31.807.828-7 e 31.048.216-0.**

Entendo decadente todo o período em questão.

CONCLUSÃO

Voto pelo provimento parcial para reconhecer a decadência de 05 a 12/1997, exonerando o crédito tributário deste período. Em razão da desistência apresentada, fica mantido o crédito tributário do período compreendido entre 10/1998 e 11/1999.

Carlos Alberto Mees Stringari