



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

Processo nº 35366.003859/2004-48
Recurso nº 165.524 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.427 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente TELECOMUNICAÇÕES SP S/A - TELESP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 16/11/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ART. 52, I DA LEI N º 8.212/1991 C/C art. 280, I DO RPS, APROVADO PELO DECRETO 3.048/1999

A inobservância da obrigação tributária é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 27/03/2002

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - DISTRIBUIÇÃO DE BONIFICAÇÃO A ACIONISTA - EXISTÊNCIA DE DÉBITO - MULTA - RETROATIVIDADE BENIGNA

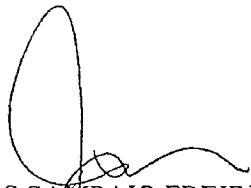
Na superveniência de legislação que estabeleça novos critérios para a apuração da multa por descumprimento de obrigação acessória, faz-se necessário verificar se a sistemática atual é mais favorável ao contribuinte que a anterior.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) rejeitar a preliminar de nulidade suscitada; e II) em dar provimento parcial ao recurso para excluir da autuação o valor da distribuição de bonificações até a competência 11/1998, em virtude da ocorrência da

decadência, bem como para recalcular o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32 da Lei 4357/64, com a redação dada pelo art. 17 da Lei 11051/2009.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata o presente auto-de-infração, de n. 35.554.870-4, lavrado em desfavor da recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 52, I da Lei nº 8.212/1991 c/c art. 280, I do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, qual seja: "Distribuir, a empresa em débito para com a Seguridade Social, bonificação ou dividendo a acionista.

Segundo o relatório fiscal, fls. 216 a 241, são informações pertinentes ao julgamento do feito:

QUANTO AS INCORPORAÇÕES

Histórico da Sucessão das Empresas CTBC - Cia. Telefônica da Borda do Campo — CNRI 57.486.177/0001-67 e Telecomunicações de São Paulo S/A — Telesp — CNII 43.642.727/0001-85, pela Empresa Telecomunicações de São Paulo S/A — Telesp/Telefônica — CNPJ 02.558.157/0001-62.

29/07/98 PRIVATIZAÇÃO: O consórcio Tele Brasil Sul Participações S/A — TBS (com participação majoritária da Telefônica Internacional S/A - TISA) adquire as ações de controle da TelespPar, passando a controlar a TelespPar e conseqüentemente a Telesp (antiga) e a CTBC.

1.1- Não é demais ressaltar que as Empresas, já privatizadas, tiveram vida autônoma até do dia 30/11/99, data das incorporações.

30/11/99 A ANATEL aprova sucessivas incorporações:

• i) incorporação da CTBC na Telesp (antiga);

ii) incorporação da Telesp (antiga) — cnpj 43.642.727/0001-85 na TelespPar e

iii) A TelespPar adota a denominação social de Telecomunicações de São Paulo S/A — Telesp e mantém seu próprio CNPJ, 02.558.157/0001-62 (atualmente adota a denominação comercial Telefônica).

2- Para evitar confusões, adotaremos os nomes:

Telesp (antiga), para nos referirmos à Telesp de antes da incorporação;

Telefônica (com maiúscula e sem acento), para nos referirmos à Telesp a partir da incorporação.

Telefônica (grupo), para nos referirmos indistintamente às empresas CTBC, Telesp (antiga) e Telefônica.

3 - Em decorrência destas operações da Telesp (antiga), CNPJ 43.642.727/0001-85, e da CTBC - Cia. Telefônica da Borda do Campo, cnpj. 57.486.177/0001-67

4- Assim, este AI está sendo lavrado na Telefônica, atual Telecomunicações de São Paulo S/A - Telesp, CNPJ. 02.558.157/0001-62, que é a sucessora da Telesp (antiga).

Conforme descrito a empresa foi autuada por distribuir bonificação ou dividendo a acionista estando em débito, onde destaca a autoridade fiscal no relatório fiscal a origem do débito:

Conforme informações prestadas pela Procuradoria Federal Especializada, Divisões São Paulo e Santo André (no anexo 1), citamos nos subitens 7.1, 7.2, 7.3 e 7.4, a seguir, os créditos previdenciários que ficaram exigíveis e os períodos de exigibilidade. Acrescentamos que no penúltimo parágrafo da petição que a Telefônica III entregou à SRP, no anexo 6, a própria Empresa admite a suspensão de exigibilidade posterior ao pagamento de dividendos. Esta petição será comentada a partir do item 37.

7.1- Os seguintes créditos previdenciários, lavrados originariamente contra a CTBC ficaram exigíveis nos períodos detalhados abaixo, subsumindo-se esta Empresa e sua Sucessora, a Telefônica, portanto, no caput do Art. 52 da Lei 8212 já citada (para uma melhor visualização do tempo, vejam a planilha Excel denominada "Exigibilidade dos Créditos Previdenciários - Telefônica, Telesp (antiga) e CTBC" no anexo 2): 4j? 2,1t)1-

7.1.1- 31.267.284-5, entre 01/04/1995 e 24/07/1995;

7.1.2- 31.807.835-0, entre 16/05/1997 e 13/08/1997;

7.1.3- 31.807.836-8, entre 16/05/1997 e 19/09/1997;

7.1.4- 31.807.827-9, entre 16/05/1997 e 19/09/1997;

7.1.5- 31.807.833-3, entre 16/05/1997 e 08/10/1997;

7.1.6- 31.807.828-7, entre 16/05/1997 e 03/12/1997;

7.1.7- 31.048.216-0, entre 02/10/1997 e 10/11/1997;

7.1.8- 32.083.030-6, entre 09/10/1998 e 05/11/1999. ;

7.2- Estas informações de créditos previdenciários lavrados originariamente contra a CTBC visam dar um panorama da magnitude da exigibilidade das 3 empresas envolvidas - Telefônica, CTBC e Telesp (antiga). Neste AI, somente a exigibilidade oriunda da Telesp (antiga) será considerada para cálculo.

7.3- Os seguintes créditos previdenciários, lavrados originariamente contra a Telesp (antiga) ficaram exigíveis

nos períodos detalhados abaixo, subsumindo-se esta Empresa e sua Sucessora, a Telefônica, portanto, no caput do Art. 52 da Lei 8212 já citada (para uma melhor visualização do tempo, vejam a planilha Excel denominada "Exigibilidade dos Créditos Previdenciários — Telefônica, Telesp (antiga) e CTBC no anexo 2):

7.3.1- 32.006.793-9, entre 13/02/1997 e 25/06/1997;

7.3.2- 32.006.794-7, entre 13/02/1997 e 25/06/1997;

7.3.3- 31.618.146-3, entre 14/02/1997 e 06/06/1997;

7.3.4- 31.740.384-2, entre 20/05/1998 e 21/07/1998;

7.3.5- 31.740.659-0, entre 14/04/1999 e 27/05/1999.

7.4- Os seguintes créditos previdenciários, lavrados originariamente contra a Telefônica, ficaram exigíveis, subsumindo-se esta Empresa: portanto, no caput do Art. 52 da Lei 8212 já citada (para uma melhor visualização do tempo, vejam a planilha Excel denominada "Exigibilidade dos Créditos Previdenciários — Telefônica, Telesp (antiga) e CTBC no anexo 2):

7.4.1- 35.002.671-8, entre 16/06/2003 e 29/07/2003; }

7.4.2- 35.002.672-6, entre 16/06/2003 e 29/07/2003;

7.4.3- 35.002.673-4, entre 16/06/2003 e 29/07/2003. j

7.5- Estas informações de créditos previdenciários lavrados originariamente contra a Telefônica visam dar um panorama da magnitude da exigibilidade das 3 empresas envolvidas - Telefônica, CTBC e Telesp (antiga). Neste AI, somente a exigibilidade oriunda da Telesp (antiga) será considerada para cálculo.

8- Pela planilha "Exigibilidade" verifica-se que de 01/04/95 até a privatização em 29/07/98, passaram-se 1.198 dias.

Até a privatização, a CTBC e a Telesp (antiga) ficaram exigíveis por 464 dias, isto é: 38,73% do tempo.

Da privatização até 31/03/2003, passaram-se 1.682 dias.

Já privatizadas, estas Empresas (CTBC e Telesp (antiga)), junto com a sucessora Telefônica, ficaram exigíveis por 429 dias, isto é, 25,51% do tempo.

Em ambos os percentuais deste item 8, os períodos de exigibilidade comuns a mais de um crédito previdenciário

só foram consideradas uma vez. Isto é, não há duplicidade de contagem.

Identificou ainda a autoridade fiscal, a forma como foram pagos os dividendos no mesmo período em que a empresa encontrava-se com débitos.

Relacionaremos agora:

a) os pagamentos de dividendos por período, conforme declaração da própria Telefônica (no anexo 3) e

b) seus respectivos períodos de exigibilidade para com a Secretaria da Receita Previdenciária, conforme informações prestadas pela Procuradoria Federal (no anexo 1). Acrescentamos que a própria Empresa admite períodos de exigibilidade, conforme petição no anexo 6.

9.1- Como houve pagamento de dividendos pela CTBC e pela Telesp (antiga), e considerando que as 2 Empresas ficaram exigíveis para com a Secretaria, inclusive em período pós-privatização, é importante, para que se tenha uma idéia global dos fatos, que os dividendos pagos por ambas sejam conjuntamente citados, lembrando que as autuações estão sendo efetuadas separadamente, por sucedida.

CTBC

• 10.1- Concomitantemente ao período de exigibilidade citado acima, no subitem 7.1, a CTBC pagou, no período de 16/05/1997 a 03/12/1997, a quantia de R\$ 22.492.293,29 em dividendos, conforme declaração da própria Telefônica, no anexo 3.

10.2- Também concomitantemente ao período de exigibilidade citado acima no subitem 7.1, a CTBC pagou, no período de 09/10/1998 a 05/11/1999, a quantia de R\$ 125.676,66 em dividendos, conforme declaração da própria Telefônica, no anexo 3.

10.3- Notem que não estamos misturando os períodos de exigibilidade da CTBC com os da Telesp (antiga). Até as incorporações, estas 2 Empresas eram independentes. Coerentemente, este item 10 compara pagamentos de dividendos da CTBC com o período de exigibilidade da própria CTBC e de sua sucessora.

Telesp (antiga)

11.1- Concomitantemente ao período de exigibilidade citado acima, no subitem 7.3, a Telesp (antiga) pagou, no período de 13/02/1997 a 25/06/1997, a quantia de R\$ 88.345,77 em dividendos, conforme declaração da própria Telefônica, no anexo 3.

11.2- Também concomitantemente ao período de exigibilidade citado acima no subitem 7.3, a Telesp (antiga) pagou, no período de 20/05/1998 a 21/07/1998, a quantia de R\$ 301.153.197,77 em dividendos, conforme declaração da própria Telefônica, no anexo 3.

11.3- Também concomitantemente ao período de exigibilidade citado acima no subitem 7.3, a Telesp (antiga) pagou, no período de 14/04/1999 a 27/05/1999, a quantia de R\$ 105.562,50 em dividendos, conforme declaração da própria Telefônica, no anexo 3.

11.4- Vale, aqui, a mesma observação do item 10.3 acima: notem que não estamos misturando os períodos de exigibilidade da CTBC com os da Telesp (antiga). Até as incorporações, estas 2 Empresas eram independentes. Coerentemente, este item 11 compara pagamentos de dividendos da Telesp (antiga) apenas com o período de exigibilidade da própria Telesp (antiga) e de sua sucessora.

12- Em ambos os casos dos itens 10 e li acima, tomou-se o cuidado de se excluir os valores pagos a título de juros sobre o capital próprio. Repetimos que os dividendos mencionados no item 10 acima são alvo do AI 35.554.869-0.

13- Tendo provado que a Telefônica (grupo) pagou dividendos estando com créditos previdenciários exigíveis para com a SRP, vamos analisar com maior profundidade o comprometimento fiscal e previdenciário da Autuada para com os Sujeitos Ativos das obrigações tributárias a fim de evidenciar elementos adicionais de convicção • que levaram à presente autuação

Ressalta ainda a autoridade fiscal no relatório fiscal: “Com o intuito de demonstrar que Sucédidas e Sucessora já haviam reconhecido em seus livros contábeis que se encontravam em débito para com a Seguridade Social, vamos agora analisar o tratamento contábil dado pela CTBC, Telesp (antiga) e Telefônica aos valores levantados pelos diversos fiscos municipal, estadual e federal. A seguir, apresentamos um quadro destas provisões contábeis, extraídas das notas explicativas enviadas à Comissão de Valores Mobiliários — CVM (no anexo 4).”

Ressalte-se que prestou a Procuradoria Especializada do INSS informações acerca da exigência dos créditos que consubstanciaram a autuação:

Quanto ao item "b" da consulta, passamos a informar o que segue:

1. Crédito nº 31.048.216 -0 — exigível de 02/10/1997 a 10/11/1997, data em que houve garantia por meio de penhora nos autos da execução fiscal em que é cobrado.

2. Créditos nºs 31.048.215-1, 31.807.838-4, 31.807.834-1, 31.807.837-6 e 31.807.839-2 - em nenhum momento estiveram exigíveis, por força de depósito em dinheiro efetuado nos autos da ação anulatória nº 97.0052389- 6, que tramita na 1,7ª Vara Federal da Capital.

3. Crédito nº 32.083.030-6 - exigível de 09/10/1998 a 05/11/1999, data em que houve' garantia por meio de depósito em dinheiro nos autos da execução fiscal nº2001.61.26.012742-O, 2ª Vara Federal de Santo André.

4. Crédito nº 31.807.835-0 - exigível de 16/05/1997 a 13/08/1997, data em que houve a garantia da execução fiscal por meio de penhora de bem imóvel

5. Crédito nº 31.267.284-5 - exigível de 01/04/1995 a 24/07/1995, data da garantia da execução fiscal por meio de depósito do montante em dinheiro.

6. Crédito nº 31.807.833-3 - exigível de 16/05/1997 a 08/10/1997, data da garantia da execução fiscal nº 1482/97 - Anexo Fiscal de Santo André - por meio de penhora de bem imóvel

7. Crédito nº 31.807.828-7 exigível de 16/05/1997 a 03/12/1997, data da garantia por meio de penhora nos autos da execução fiscal.

8. Créditos nºs 31.807.836-8 e 31.807.827-9 - exigíveis de 16/05/1997 a 19/09/1997, data da penhora de bem imóvel nos autos das respectivas execuções fiscais

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 16/11/2004, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 19/11/2004.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 325 a 349. Colaciona aos autos informações acerca de ações judiciais com o objetivo de desconstituir lançamento, bem como decisão do CRPS sobre NFLD seguro de vida. Em síntese alegou a impugnante:

a) preliminarmente, a nulidade e precariedade do • lançamento, Por não terem sido corretamente discriminadas as competências dos valores lançados e a materialidade da infração;

b) no mérito, a inexistência de débito que pudesse ensejar a autuação em questão, seja por conta da discussão judicial dos mesmos, seja por estarem com a exigibilidade suspensa, afastando-se a Recorrente do escopo da norma sancionatória;

c) ainda, alega-se a impossibilidade de imposição de multa à sucessora, e da necessidade de relevação da multa no caso presente.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 424 a 433.

A empresa encaminhou requerimento no sentido de que sem prejuízo de todos os argumentos aduzidos na impugnação apresentada no sentido de demonstrar a ilegitimidade da aplicação da multa em questão, a impugnante vem, informar a existência de direito superveniente, que afeta inexoravelmente a materialidade do lançamento, tendo em vista a publicação da Lei 11.051 que revigorou o art. 31 da Lei 4357/64, nos seguintes termos

"Art. 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão:

a) distribuir quaisquer bonificações a seus acionistas, (...)

§1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta.

I- às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e.(...)

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo, fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa Jurídica." (g.n.)

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 447 a 481. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

Preliminarmente, antes de serem identificados e apontados os fundamentos que evidenciam a necessidade de reforma do lançamento efetuado e da r. decisão recorrida, cumpre à Recorrente frisar a necessidade de aplicação ao caso presente, até mesmo "ex officio", das disposições da Lei no 11.051/04, a qual deu a seguinte redação ao §2º do art. 32 da Lei no 4.357, de 16 de julho de 1964:

Ainda preliminarmente, cumpre à Recorrente combater a forma pela qual se efetivou a lavratura do presente auto de infração, sem discriminar as competências dos valores lançados, fundamento que, "data vênica", não foi bem compreendido pela r. decisão recorrida, e justamente por isso, indevidamente afastado.

De fato, os períodos de exigibilidade das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito consideradas pura e simplesmente como débitos pela D. Fiscalização, mostram-se divergentes da data de inscrição de referidos valores, conforme comprovam as cópias das Certidões de Dívida Ativa anexadas à Impugnação. Assim, por exemplo, com relação às NFLD's nºs 32006793-9, 31740384-2 e 31740659-0, merecem ser revistos os períodos considerados de exposição, para que tenham como termo inicial aquele apontado nas CDA - s. Porém, tal exclusão não pode ser corretamente refletida nos valores lançados, sem que estes sejam precisados no Auto de Infração lavrado

O exame atento do relatório fiscal causa perplexidade por serem inconciliáveis seus fundamentos com seu resultado. Para a autoridade fiscal, qualquer análise sobre a pendência de questionamento judicial acerca dos valores que o ISS entende devidos é irrelevante quando a empresa constitui uma provisão classificando a probabilidade de desfecho da demanda como "perda provável", porque ela própria sabe que inexoravelmente irá perder, reconhecendo, dessa forma, a existência do débito.

O resultado do lançamento - isto é, o efetivo valor lançado - não revelou fidelidade a essa premissa. Nele se vê que a autoridade fiscal teve por irrelevante a classificação da probabilidade de perda para fins de aferição da existência de débito. Para tal finalidade, o Sr. Fiscal baseou-se exclusivamente nas

informações fornecidas pela Procuradoria do INSS a respeito dos períodos em que as NPLD's indicadas estariam sem a exigibilidade suspensa.

Mas não há uma linha sequer trazendo uma relação de causa e efeito entre o conceito de débito adotado pelo Sr. Fiscal e o seu suposto enquadramento nas NFLD's que justificaram o lançamento.

A Recorrente demonstrou sua perplexidade por não compreender exatamente do que estava sendo acusada. De ter distribuído lucros, quando as NFLD's que discute judicialmente e cujos valores envolvidos estão todos com exigibilidade suspensa, estavam em "situação de exigibilidade" (isto é, quando apenas permitiriam que o INSS ingressasse com demanda judicial objetivando o recebimento de valores aos quais entendia fazer jus)? Ou de ter distribuído lucros por ter supostamente reconhecido como "débitos" os mesmos valores, pela singela circunstância de ter efetuado provisão contábil neste sentido?

No mérito, tampouco encontra respaldo a autuação lavrada, a despeito do entendimento manifestado pela r. decisão recorrida, em especial no que concerne ao reconhecimento do débito pela Administração, e não pelo Judiciário.

Atualmente, aplicável ainda o §2º do art. 32 da Lei nº 9.357/64, com a redação imposta pela Lei nº 11.051/04, sendo que o ponto elementar a ser investigado, é se a situação trazida pelo Sr. Fiscal se insere no tipo legal, ou seja, se é possível falar na existência de débito na hipótese dos autos.

Para calcular a "multa" pretensamente devida pela Recorrente, e sem embargo do peculiar conceito de débito adotado, o Sr. Fiscal valeu-se de informações atinentes à "situação de ausência de suspensão de exigibilidade das NFLD's".

É certo que o tipo penal, aqui, é a existência de débito para com a Previdência Social. Daí porque a primeira questão a ser respondida é: pode ser definido como débito, em sentido jurídico, aquilo que a Administração reputa ser débito?

O crédito constituído na esfera administrativa não representa nada mais do que uma presunção passível de ser elidida - e que se impugnada transforma o problema em questão controvertida a ser definida somente no momento da decisão Judicial final transitada em julgado, que não se pode falar em "débito", enquanto este não for afirmado em caráter definitivo pelo Poder Judiciário.

Enfim, débito não é aquilo que a Administração afirma existir. É aquilo que o Judiciário diz que é. Este auto de infração, que se reporta a fatos ocorridos entre 13/02/97 a 25/06/97, 20/05/98 a 21/07/98 e 14/04/99 a 27/05/99 está sendo lavrado agora, quando o Sr. Fiscal sabe que a presunção de legitimidade de todas as NFLD'S que o fundamentam foram elididas por terem sido as pretensões submetidas a questionamento perante o Poder Judiciário.



O Sr. Fiscal também sabe que em todos os casos não há decisão definitiva. Também sabe (ou deveria saber), que de um total de sete NFLD's que contribuem para a composição do valor da autuação, em quatro os juizes já deram ganho de causa à Recorrente, reconhecendo a ilegitimidade da pretensão. Em seis deles, em que se discute a alíquota de SAT aplicada para as atividades da Recorrente, foi firmado o entendimento pelo próprio Conselho de Recursos da Previdência Social no sentido de ser esta de 1% (precedentes anexos), confirmando a improcedência da NFLD sub judice. Finalmente, sabe que todos os casos têm sua exigibilidade suspensa.

Afastem-se qualquer alegação de que a Recorrente estaria pretendendo discutir nestes autos a constitucionalidade do artigo 52 da Lei nº 8.212/91. Não é esse o seu objetivo aqui. O que pretende a Recorrente é que a norma seja bem interpretada, o que significa dizer, em conformidade, em primeiro lugar e antes de tudo, com o texto constitucional, porque respeitar a Constituição do País é o dever maior de todos.

Não há como negar que a norma contida no artigo 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

O exame da realidade demonstra que sequer em tese se poderia cogitar em violação ao escopo da norma, porque a conduta praticada pela empresa sucedida pela Recorrente jamais teve por escopo frustrar o recebimento de qualquer valor pela SRP. Tanto é assim que a exigibilidade está suspensa em todos os casos por garantia integral do montante controvertido. A DRFB encaminhou o recurso a este conselho, sem a apresentação de contra-razões.

O período contemplado na autuação corresponde exatamente ao lapso temporal entre a inscrição desses casos, e a preparação e registro dos mesmos nos sistemas da Procuradoria (gerar Certidão de Dívida Ativa) para posterior execução fiscal, ou a elaboração de defesas, bem como contempla o prazo legalmente atribuído à Recorrente para promover o depósito e ofertar bem a penhora (no caso de execuções fiscais), até mesmo o prazo que a Procuradoria do INSS teve para manifestar sua concordância com o bem ofertado. Por incrível que pareça, a morosidade do trâmite de cada uma dessas etapas, muitas a cargo de terceiros ou da própria SRP, e outras legalmente previstas, agora está sendo indevidamente imputada à Recorrente

Como visto, não existe débito no caso dos autos, estando as pretensões da Secretaria da Receita 411 Previdenciárias sujeitas à confirmação pelo Poder Judiciário. A situação da Recorrente é absolutamente regular, enquanto que os interesses do INSS estão devidamente preservados. Diante de todo esse contexto, é até mesmo pertinente invocar novamente as disposições do art. 106

do Código Tributário Nacional (anteriormente invocadas para que fosse aplicado o disposto na Lei n.º 11.051/04).

As considerações envolvendo aspectos contábeis objeto dos itens IV a VII do relatório fiscal, como já visto, não se prestam a nenhuma utilidade neste caso concreto, e foram inclusive desprezadas pela r. decisão recorrida

Questiona a empresa os argumentos superficiais e pessoais de interpretação do auditor para fundamentar possíveis débitos na contabilidade da empresa

Da Impossibilidade de Imposição de Multa à Sucessora considerando que os valores lançados se referem a pagamentos de dividendos ocorridos anteriormente a 25.11.99 - especificamente entre 13/02/97 a 25/06/97, 20/05/98 a 21/07/98 e 14/04/99 a 27/05/99 -, a Recorrente foi autuada na qualidade de sucessora. É o que retrata o pró

Portanto, se por absurdo se entendesse, não obstante todos os fatos e fundamentos trazidos nesta defesa, que a empresa sucedida distribuiu lucros quando não poderia fazê-lo, é evidente que a Recorrente, como sucessora, não poderia desfazer o passado. O que ela poderia fazer - e fez - foi assegurar a integralidade do patrimônio suficiente a fazer face aos valores controvertidos em todas as demandas. Portanto, por qualquer análise que se faça, não pode prosperar a multa imposta pelo relatório fiscal.

Ante o exposto, respeitosamente requer-se.

a) antes de qualquer providência adicional, seja aplicada a limitação ao valor da multa imposta pela Lei n.º 11.051/04;

b) sejam reconhecidas a nulidade da autuação e a precariedade do lançamento, demonstradas em sede de preliminar, no item 11.2 e 11.3 desta peça recursal;

c) no mérito, demonstrada a total ilegitimidade da autuação combatida e necessidade de reforma da r. decisão que confirmou o lançamento, seja julgado totalmente improcedente o auto de infração, determinando-se o seu arquivamento;

d) na hipótese de não acolhimentos dos pedidos anteriores, o reconhecimento de causa excludente da punibilidade, seja pela sucessão verificada, seja pela necessidade de relevação da pena.

O processo foi convertido em diligência no âmbito da 2.ª CaJ, fls. 489 a 491, nos seguintes termos:

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

(1) os autos sejam remetidos à Secretaria da Receita Previdenciária, com trânsito para o 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 nº 243.247 e fls. 463; (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

• 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 tributados 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;

O processo foi encaminhado a Procuradoria Especializada do INSS, que demonstrou sua incompetência para manifestar-se após a unificação com a Receita Federal, sendo a competência atribuída a PGFN.

Foi emitido Relatório de Diligência Fiscal, fls. 520 a 524, onde a autoridade fiscal manifesta-se, em atendimento a diligência comandada pela

CONCLUSÃO

28. 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 252 dos autos), a Autuada não cita nenhuma causa de suspensão de exigibilidade que não tivesse sido considerada pela Procuradoria Federal e que pudesse 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 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 32.006.793-9, 32.006.794-7, 31.618.146-3, 31.740.384-2 e 31.740.659-0) eram juridicamente exigíveis, sim, nos momentos de distribuição de lucro apontados no Relatório Fiscal a partir de informação prestada pela própria Autuada (fl. 252 dos autos).

DA POSSÍVEL DECADÊNCIA DE PARTE SUBSTANCIAL DO CRÉDITO LANÇADO

29 Em face do risco de sucumbência por parte da Fazenda, na fase judicial, alertamos o órgão julgador quanto à possibilidade de parte substancial do crédito lançado no Auto de Infração em apreço ter sido prejudicada pela publicação recente da Súmula

Vinculante nº 08, do STF, que decretou a inconstitucionalidade da decadência decenal prevista na Lei 8.212/91, conforme segue: "SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO".

30. Conforme se lê nos itens 11.1 a 11.3 do Relatório Fiscal, na fl. 220 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. 252 dos autos, a infração configurou-se pelo fato de terem sido pagos dividendos:

30.1. no valor de R\$ 88.345,77, no período de 13/02/1997 a 25/06/1997, quando estavam exigíveis as NFLD 32.006.793-9, 32.006.794-7 e 31.618.146-3 (esta última com exigibilidade somente no período de 14/02/1997 a 06/06/1997);

30.2. no valor de R\$ 301.153.197,77, no período de 20/05/1998 a 21/07/1998, quando estava exigível a NFLD 31.740.384-2;

30.3 no valor de R\$ 105.562,50, no período de 14/04/1999 a 27/05/1999, quando estava exigível a NFLD 31.740.659-0

31. Com relação aos dividendos pagos em 1998, entendemos que a infração cometida pela Autuada foi atingida pela decadência quinquenal prevista no art. 173, inciso I do CTN,

32. Como a Fazenda Previdenciária poderia ter autuado o contribuinte e lançado o crédito respectivo no próprio exercício de 1998, a contagem do prazo decadencial ter-se-ia iniciado no dia primeiro do exercício seguinte, ou seja, 01/01/1999, tendo completado cinco anos em 01/01/2004, o que inviabilizaria a subsistência da penalidade relativa aos dividendos pagos em 1998, 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.

33. O mesmo, no nosso entender, se passou em relação aos dividendos pagos em 1997.

34. Com relação aos dividendos pagos em 1999, no valor de R\$ 105.562,50, todavia, 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.

35. Sendo assim, salvo melhor juízo, em razão da decadência das penalidades impostas para os anos de 1997 e 1998, entendemos que o valor do presente Auto de Infração deve ser reduzido de R\$150.673.553,02 para R\$ 52.781,25, valor este correspondente a 50% dos dividendos que, de acordo a informação prestada pela própria Autuada, foram pagos em 1999.



36. A presente manifestação, entretanto, reflete tão somente a posição jurídica do AFRFB incumbido desta diligência e não afeta o valor do Auto de Infração, que segue intocado, cabendo ao 2º Conselho de (iv) após à realização desses procedimentos, devem os autos serem remetidos a 2ª CaJ para julgamento, ressalvado o disposto no §2º, do art 308, do Decreto n. 3.04, 8/99,.

Devidamente cientificado, o recorrente manifestou-se às fls. 527 a 540, onde em síntese reitera:

Reitera os demais fundamentos e pedidos formulados no recurso voluntário apresentado, a fim de que:

a) sejam reconhecidas a nulidade da autuação e a precariedade do lançamento, demonstradas em sede de preliminar, nos itens II.2 e II.3 da peça recursal;

b) no mérito, demonstrada a total ilegitimidade da autuação combatida e necessidade de reforma da r. decisão que confirmou o lançamento, seja julgado totalmente improcedente o auto de infração;

c) na hipótese de não acolhimentos dos pedidos anteriores, o reconhecimento de causa excludente da punibilidade, seja pela sucessão verificada, seja pela necessidade de relevação da pena.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Em se tratando de retorno de diligência comandado pela extinta 2ª CaJ, despiciendo a análise dos pressupostos, tendo em vista já terem sido avaliados quando do primeiro julgamento.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

A primeira preliminar suscitada pelo recorrente diz respeito a nulidade do lançamento, tendo em vista não terem sido discriminadas as competências dos valores lançados, fundamento que, "data vênua", não foi bem compreendido pela r. decisão recorrida, e justamente por isso, indevidamente afastado.

Neste sentido, entendo que razão não assiste ao recorrente, no relatório fiscal, fls. 219, item III, 9 e 10, a autoridade fiscais destaca quais os fatos geradores, inclusive indicando que os valores que ensejaram a autuação foram prestados pelo próprio recorrente à fl. 252 e 253. Note-se, ainda, que no relatório da multa aplicada, fl. 241, item 46 a 48, demonstra a autoridade, qual o montante dos valores resultantes da distribuição dos dividendos e como foi aplicado o valor da autuação. Assim, entendo que não existe a nulidade avençada.

Contudo, apesar de não ter sido descrito na peça recursal entendo que exista outra preliminar que merece apreciação, conforme sugerido pela autoridade fiscal, que promoveu a diligência.

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto deste Auto de Infração, entendo cabível a sua apreciação. Em primeiro lugar, devemos considerar que se trata de auto de infração, que ao contrário das NFLD, constitui obrigação acessória de "fazer" ou "deixar de fazer", sendo irrelevante a existência ou não de recolhimentos antecipados. Porém, antes de identificar o período abrangido pela decadência, exponha a tese que adoto sobre o assunto.

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

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

Súmula Vinculante nº 8 "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

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



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

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

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

preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso. "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173. "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento". 9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que inócorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com

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

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

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

Conforme descrito no recurso descrito acima: "A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação



devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)

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

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento "

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

Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa

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

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

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

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto



o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

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

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Contudo, conforme descrito anteriormente, trata-se de lavratura de Auto de Infração por ter a empresa distribuído bonificação a sócio ou acionista estando em débito para com a Previdência Social. Dessa forma, não há que se falar em recolhimento antecipado devendo a decadência ser avaliada a luz do art. 173 do CTN.

Assim, no lançamento em questão a lavratura do AI deu-se em 16/11/2004, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 19/11/2004, os fatos geradores ocorreram nos períodos de 13/02/1997 a 25/06/1997, 20/05/1998 a 21/07/1998, e 14/04/1999 a 27/05/1999, dessa forma, devem ser excluídos da autuação os valores distribuídos até a competência 11/1998, restando, portanto apenas o terceiro período de distribuição de bonificação.

DO MÉRITO

No mérito, observamos tanto da parte da autoridade fiscal, como do recorrente, a apresentação exaustiva de argumentos no sentido de embasar a autuação com a identificação de débito exigíveis, bem como por parte do recorrente a argumentação de que no momento da lavratura da autuação não haveria de se falar em “débito”, tendo em vista que as NFLD lavradas encontram-se com a exigibilidade suspensa.

Contudo, entendo que razão não assiste ao recorrente quanto a este ponto. A legislação a época da distribuição de bonificação remanescente no lançamento em questão, qual seja 14/04/1999 a 27/05/1999, no importe de R\$ 52.781,25, valor este correspondente a 50% dos dividendos que, de acordo a informação prestada pela própria Autuada, e descrita pelo auditor que respondeu a diligência comandada pelo CRPS.

Dos documentos colacionados ao autos, identificamos que para o período remanescente deste auto, o débito que ensejou a lavratura foi a NFLD 31.740.659-0.o qual na data da realização da bonificação encontrava-se exigível. Assim, irrelevante identificar a posterior suspensão da exigibilidade uma vez, que a prescrição legal é no sentido de considerar que “Distribuir, a empresa em débito para com a Seguridade Social, bonificação ou dividendo a acionista. Ao contrário do entendimento externado pelo recorrente entendo que a lavratura de NFLD por si só já constitui débito.

Assim, entendo desnecessária a apreciação pontual de cada um dos itens abordados, uma vez que entendo que os pontos trazidos pelo auditor e pela Procuradoria são suficientes para manutenção do crédito.

Todavia, entendo, que apesar da decadência ter sido o ponto crucial a ser apreciado no lançamento em questão, existe outro argumento trazido pelo recorrente que também requer apreciação, qual seja aplicada a limitação ao valor da multa imposta pela Lei nº 11.051/04;

Não obstante a correção do auditor fiscal em proceder ao lançamento nos termos do normativo vigente à época da lavratura do AI, foi editada a Lei 11.941/2009, que deu nova redação ao art. 52 da Lei 8.212/91.

Assim, no que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da referida MP 449, convertida em lei n. 11941/2009. A citada MP alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas distribuição de bonificações.

Para tanto, a lei 11941/2009, o qual dispõe o seguinte:

"Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – (revogado) (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Parágrafo único (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

No caso da notificação conexa e já julgada, prevaleceu o valor de multa foi aplicado nos moldes do art. 52 vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Art. 52. À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido:

*I - distribuir bonificação ou dividendo a acionista;
II - dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio-cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento.
Parágrafo único. A infração do disposto neste artigo sujeita o responsável à multa de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento, atualizadas na forma prevista no art. 34.*

No caso da autuação em tela, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 52, Parágrafo Único, da Lei nº 8.212/1991 também revogado, o qual previa uma multa no valor de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento, atualizadas na forma prevista no art. 34.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar as determinações contidas no texto legal.

Art. 32. Para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, os resultados positivos ou negativos incorridos nas operações

realizadas em mercados de liquidação futura, inclusive os sujeitos a ajustes de posições, serão reconhecidos por ocasião da liquidação do contrato, cessão ou encerramento da posição.

§ 1º O resultado positivo ou negativo de que trata este artigo será constituído pela soma algébrica dos ajustes, no caso das operações a futuro sujeitas a essa especificação, e pelo rendimento, ganho ou perda, apurado na operação, nos demais casos.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se:

I – no caso de operações realizadas no mercado de balcão, somente àquelas registradas nos termos da legislação vigente;

II – em relação à pessoa física, aos ganhos líquidos auferidos em mercados de liquidação futura sujeitos a ajustes de posições, ficando mantidas para os demais mercados as regras previstas na legislação vigente

Contudo, conforme descrito pela recorrente observa-se a publicação em 29/12 de 2009, da Lei 11.051, que revidorou para efeitos previdenciários o art. 32 da Lei 4357/64, o qual nos termos do art. 17 passou a ter a seguinte redação.

Art. 17. O art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 32.

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta.

I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente, e

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica." (NR)

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, a situação mais benéfica ao contribuinte, observando o novo limitador previsto no art. § 2º do art. 32 da Lei 4357/64.

Por fim, quanto a impossibilidade de aplicação da multa na sucessora, destaco que a autuação deu-se na empresa Telesp (antiga), empresa que verdadeiramente cometeu a infração ao dispositivo da legislação previdenciária, tanto que foram apartadas as NFLD e AI anteriores e posteriores a incorporação. Dessa forma, razão não assiste ao recorrente.

Diante o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.



CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir da autuação o valor da distribuição de bonificações até a competência 11/1998, bem como para recalcular o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32 da Lei 4357/64, com a redação dada pelo art. 17 da Lei 11051/2009.

teve por base, conforme descrito de forma clara pela autoridade fiscal

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, face a aplicação da decadência quinquenal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2010



~~ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA~~ - Relatora



MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 35366.003859/2004-48
Recurso nº: 165.524

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-01.427

Brasília, 13 de Dezembro de 2010


MARIA MADALENA SILVA
Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional