



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

Processo nº 35950.000667/2007-32
Recurso nº 148.266 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.239 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de outubro de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente PRISMA ENGENHARIA S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/2000

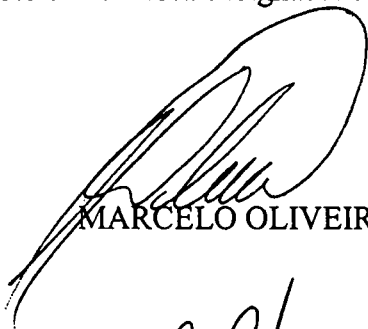
NFLD. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA A AMPLA DEFESA. DECADÊNCIA - SUCESSÃO. MULTA. PERMANÊNCIA. SÓCIOS. RENDIMENTOS INDIRETOS. NATUREZA TRIBUTÁVEL.

I - Não implica em nulidade da Decisão-Notificação, por cerceamento do direito de defesa, o indeferimento de perícia que se mostra totalmente prescindível; II - De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não. III - Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; IV - O sucessor responde integralmente pelos débitos tributários da empresa sucedida, inclusive as multas, já que estas integram o patrimônio passivo adquirido, nos termos da jurisprudência do STJ, V - O que delimita a incidência da regra de decadência é a natureza do tributo fixada na legislação que lhe é pertinente; VI - Os valores auferidos indiretamente por sócios da empresa, com nítida repercussão patrimonial e econômica, não fogem da incidência da contribuição previdenciária.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para, nas preliminares, excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 11/1999, anteriores a 12/1999, com fundamento no artigo 173, I do CTN, vencidos os Conselheiros Rogério Lellis de Pinto(Relator) e Cleusa Vieira de Souza, que votaram em aplicar o §4º, Art. 150 do CTN. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos da voto da Relatora designada. Relatora designada: Ana Maria Bandeira.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ROGÉRIO DE LELLIS PINTO – Relator



ANA MARIA BANDEIRA – Redatora Designada

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Rogério de Lellis Pinto, Cleusa Vieira de Souza (Convocada) e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (Convocada).



Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa PRISMA ENGENHARIA S/A, em face da decisão-notificação de fls. retro exarada pela extinta Secretaria da Receita Previdenciária, a qual julgou parcialmente procedente a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD, no valor originário de R\$ 157.884,97 (cento e cinquenta e sete mil oitocentos e oitenta e quatro reais e noventa e sete centavos).

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 161 e s., são fatos geradores do presente levantamento os valores pagos a título de salário indireto a segurados empregados e contribuintes individuais.

A empresa alega em seu recurso, em preliminar, a nulidade da decisão de 1ª instância já que esta não acatou o seu pedido de realização de prova pericial, necessária para comprovar suas alegações.

Sustenta que parte do débito teria sido alcançado pela decadência quinquenal fixada no CTN, e ainda que de acordo com o art. 132 c/c o art. 3 ambos do CTN, o sucessor responde apenas pelos tributos da empresa sucedida, não cabendo assim a imposição de multa como ocorreu no presente caso.

Questiona a incidência do tributo sobre os alugueis fornecido a empregada Maria Cecília Dadalt no período de 05/95 a 04/96, quando á figurava como sócia da empresa sucedida, de forma que se trataria de pró-labore e não de salário.

Afirma que os alugueis tidos como salário indireto dos sócios da empresa, teve um critério de arbitramento supervalorizado, gerando uma base de cálculo irreal. Alega que o apartamento da 101 teve a propriedade transferida da empresa sucedida em 31/10/99, não podendo, a partir de então, ser visto como salário indireto de empresa que não era sua proprietária. O mesmo teria ocorrido com o imóvel da rua Atletas, que teria sido alienado em 05/98.

Coloca que efetuou todos os recolhimentos relativos a autônomos, e passa a questionar vários dos benefícios considerados como pró-labore indireto pela autoridade lançadora. Assim, em relação aos veículos fornecidos aos sócios Aldemir e Nelma, diz serem estes necessários para a realização de seus trabalhos.

Quanto aos valores lançados a título de manutenção da casa, afirma tratarem-se de dispêndios realizados a título de melhorias incorporadas ao patrimônio cedido, não tendo, a seu ver, a natureza imprimida pela fiscalização.

Diz que o chalé localizado no Country Club foi afastado da tributação pela DN, mas que manteve as parcelas a título de mensalidade e condomínio, o que seria uma contradição já que para ter o imóvel necessário ser antes sócio do clube.

Questiona os pagamentos feitos ao sócio João Batista no período de 05/06/07 de 1996, da mesma forma o faz em relação aos valores destinados ao Sr. Adelmir e demais pessoas indicadas, que seria apenas pagamentos de empréstimos concedidos a notificada.

Aduz que a cozinha do apartamento da Rua 101, seria melhoria incorporada ao patrimônio, e alega ainda que a RD (empresa sucedida pela notificada) era possuidora de vários imóveis rurais, cujas alienações não englobavam os animais que nela estavam. Assim, os valores lançados como ovinos, eqüinos e bovinos seria a venda destes animais e não benefício indireto pago a sócio.

Sustenta que os pagamentos supostamente feitos a pessoas físicas, se trataria na verdade de cheques concedidos a empregados da notificada, para que sacassem os valores e os trouxesse a empresa para quitação de despesas diversas.

Não concorda com a tributação do valores pagos ao Sr. Paulo Poletto (08/96) e ao Sr. Paulo Fernandes (02/97), e por fim, questiona as supostas divergências entre os valores declarados na RAIS e os lançados em folha de pagamento no período de 01/97 a 12/97, e encerra requerendo o provimento do seu recurso.

Após apresentadas as contra-razões pela própria SRP, me foram distribuídos os autos.

É o relatório. 



Voto Vencido

Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

A empresa alega em seu recurso que o indeferimento do seu pedido de pedido de perícia teria representado cerceamento do seu direito de defesa, o que o faz, a meu sentir, sem razão alguma.

Nesse tom, é oportuno lembrar que a Constituição Federal, ao “jurisdicionalizar o procedimento administrativo” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 28 Ed. Pág. 99), garantiu aos administrados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, sempre que o Estado venha lhe impor o seu poder sancionatório, ou ainda em processos que envolvam situações de litígio, configurando-se em inolvidável alicerce, sobre o qual se assenta o próprio Estado Democrático de Direito.

Tais direitos decorrem do próprio princípio do devido processo legal (*due process of law*), e sua inobservância no procedimento fiscal, impõe a nulidade da própria execução que por ventura possa vir a ser ajuizada pelo sujeito ativo da obrigação tributária. Assim, é que o contraditório e a ampla defesa não se traduz em mera faculdade da Administração Pública, antes disso, é na verdade direito subjetivo garantido pela Carta Magna, e previsto também em lei, fora da alçada de conveniência administrativa, e retira do Estado qualquer possibilidade de impor seu poder de gravame ou sanção, sem que ouça adequadamente os cidadãos, possibilitando-lhes sua defesa.

Não se pode duvidar que ao querer impor sua vontade, especialmente por meio de um procedimento administrativo, o Estado tem seu poder severamente limitado pelo direito, que na sua função precípua, vem socorrer o cidadão de possíveis arbitrariedades, garantido-lhe um julgamento adequado e justo.

Nesse diapasão, sem dúvida que disponibilizar aos litigantes todos os meios de se comprovar suas alegações, onde aí se inclui a realização de prova pericial, significa não apenas garantir o irrestrito e necessário direito de defesa, mas, sobretudo, dar vida ao comando Constitucional.

Com vistas a tal previsão, a Portaria MPAS nº 357/02, que regulava os Procedimentos Fiscais em âmbito previdenciário, possibilitou a realização de perícias, nos moldes consignados no seu art. 7º, que assim rezava:

“Art. 7º A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva decisão-notificação, aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.”



Vejam que o citado dispositivo conferiu a autoridade julgadora o poder de determinar a realização de diligências ou perícias, bem como deferir o seu requerimento, sempre que entender necessárias.

De tal fato podemos concluir que a realização da prova pericial, muito embora seja garantia do litigante, como vimos, só restará possível quando se mostrar realmente necessária para elucidação dos fatos, sendo perfeitamente lícito o seu indeferimento em situações onde se apresenta prescindível.

Certamente foi com vistas a prescindibilidade da perícia requerida pela Contribuinte, que a mesma foi corretamente indeferida pelo douto julgador *a quo*, aliás, como restou consignado na DN. Vejo que o julgamento de 1º grau não significou qualquer ofensa ao direito de defesa da empresa, ao passo que a indigitada perícia se mostrava, e se mostra ainda, totalmente impertinente.

Por isso, rejeito de plano a preliminar agitada, e com os mesmos fundamentos indefiro o pedido de perícia, feito em sede recursal, eis que se mostra verdadeiramente impertinente e desnecessária a sua realização, nos termos já demonstrados.

Segue o contribuinte em preliminar, sustentando que parte do débito teria sido alcançado pela decadência, haja vista a extrapolação do quinquídio fixado pelo CTN, o que acredito faz como razão.

Sem embargos, é sabido que a questão do prazo decadencial das contribuições sociais, foi objeto de constantes e ácidas discussões tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial, perdurando por tempos divergências que ora se inclinavam pelo prazo decenal, ora pelo quinquenal.

Analisando a matéria, o E. STJ, por meio de seu plenário, fixou seu entendimento e em decisão unânime, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixa o prazo de 10 anos para a decadência das contribuições sociais, reconhecendo a prevalência do prazo quinquenal previsto no CTN.

Na esteira do entendimento exarado pelo STJ, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, e também de forma unânime, reconheceu o mesmo vício de constitucionalidade que pairava sobre as diretrizes insertas no art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, entendendo que os prazos decadências das contribuições sociais, onde se incluem as previdenciárias, devem respeitar os limites temporais do CTN, norma geral a quem a Constituição atribui a prerrogativa de tratar o tema.

Eliminando as divergências interpretativas que pudessem impedir a aplicação prática dos prazos decadenciais fixados na norma Codificada em relação às contribuições previdenciárias, o STF acabou por editar a súmula vinculante nº 8, impondo a sua observância pelas demais instâncias judiciais e administrativas. A referida súmula restou vazada nos seguintes termos:

"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".

Assim é que, hoje resta inequívoca que a decadência das contribuições previdenciárias, encontram-se reguladas pelas normas e prazos fixados pelo Código Tributário

Nacional, não devendo, portanto, qualquer observância às inconstitucionais previsões do art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

Se encontra-se resolvida a aplicação do CTN no que tange a decadência das contribuições previdenciárias, o mesmo não se pode dizer em relação a qual regra deve ser aplicada, ou seja, em todas as situações a do § 4º do art 150, cuja contagem (para fins de homologação) se dá a partir da ocorrência do fato gerador, ou se o art. 173, I, que diz que o referido cálculo se inicia a partir do 1º dia do exercício seguinte aquele em que o débito poderia ser constituído.

Em verdade, as contribuições previdenciárias são inegavelmente tributos sujeitos a homologação por parte do Fisco, na medida em que a legislação previdenciária confere ao próprio contribuinte o dever de antecipar o recolhimento dos valores que lhe são reputados, justamente a situação definida no *caput* do art 150 do CTN.

Como efeito, mesmo em se tratando de tributos ditos homologáveis, parte da doutrina vem reconhecendo, na esteira da jurisprudência do próprio STJ (Resp 757922/SC), que a regra prevista no § 4º do art 150 do CTN, somente se aplicaria naquelas situações onde o contribuinte efetivamente tenha efetuado algum recolhimento, sobre o qual caberia então ao Fisco pronunciar-se em 05 anos, sob pena de, transcorrido esse prazo, não mais poder constituir o débito remanescente.

Para os defensores dessa tese, portanto, a contagem do prazo para que a Fazenda Pública efetue a referida homologação a partir da ocorrência do fato gerador, somente ocorre naquelas hipóteses em que o contribuinte tenha efetuado algum recolhimento. Do contrário, não havendo antecipação alguma por parte do contribuinte, não haveriam valores a serem homologados, e por consequência, incidindo a partir de então regra geral de decadência fixada no art. 173 do *Códex*.

Não obstante esse raciocínio, filio-me aqueles que acreditam que o fator preponderante para a aplicação da regra contida no mensurado § 4º do art. 150, diz respeito ao próprio regime jurídico do tributo, de forma que o fato da legislação conferir o dever de antecipação do recolhimento do tributo ao contribuinte, sem qualquer prévia verificação do Fisco, nos é suficiente para a incidência do mencionado dispositivo legal, sendo, em verdade, regra a regular a situação telada.

Desta feita, temos que a nosso ver, e na linha do que diz o abalizado professor Alberto Xavier, in *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, 3ª Ed. Pág. 100, “o que é relevante, pois, é saber se, em face da legislação, o contribuinte tem ou não o dever de antecipar o pagamento,” (...) “a linha divisória que separa o art. 150 § 4º do 173 do CTN está, pois, no regime jurídico do tributo (...).”

Sendo assim, tendo sido o lançamento concluído pela a cientificação do contribuinte em 25/04/2005, acredito que encontram-se decadentes as contribuições até a competência de 03/00.

Em relação a alegação de que a empresa sucessora responderia apenas pelos tributos da empresa sucedida, e não pela multa decorrentes do atraso do seu recolhimento, não me parece que tenha razão. *L*

Sem embargos, reconheço que existe certa divergência quanto à possibilidade das multas incidentes sobre tributos não recolhidos ao seu tempo, serem transferidas a empresa sucessora, o que decorre da própria dicção do art. 132 do CTN, que assim giza:

Art.132 - A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas

Uma leitura apressada da disposição codificada encimada, poderia levar a uma interpretação rasa de que a sucessão entre empresas não teria o condão de transferir da sucedida para a sucessora, as multas tributárias, já que a lei contempla apenas o termo tributo, o qual pelo art. 3º do CTN não cabe estendê-lo ao conceito de multa.

A interpretação dada pelo contribuinte é sedutora, porém não acampada pela maciça jurisprudência, que a par de algumas divergências, vem reconhecendo que a empresa sucessora acampa não apenas os tributos da sucedida, mas igualmente as multas. Nesse sentido, são os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 159 DO CC DE 1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA TRIBUTÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. OBRIGAÇÃO ANTERIOR E LANÇAMENTO POSTERIOR. RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE SUCESSORA.

*1. Não se conhece do recurso especial se a matéria suscitada não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, em virtude da falta do requisito do prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. 2. A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas abrange as **multas**, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem penalidade pecuniária, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor. 3. Segundo dispõe o artigo 113, § 3º, do CTN, o descumprimento de obrigação acessória faz surgir, imediatamente, nova obrigação consistente no pagamento da **multa** tributária. A responsabilidade do sucessor abrange, nos termos do artigo 129 do CTN, os créditos definitivamente constituídos, em curso de constituição ou "constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data", que é o caso dos autos. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 959389 / RS, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, publicado no DJ de 21/05/09)*

.....

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SUCESSOR EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES DO SUCEDIDO. ARTIGO 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES.

*1. Em interpretação ao disposto no art. 133 do CTN, o STJ tem entendido que a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se às **multas** impostas ao sucedido, sejam de natureza*

moratória ou punitiva, pois integram o patrimônio jurídico-material da sociedade empresarial sucedida.

2. "Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento" (REsp n. 592.007/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22/3/2004). 2. Recurso especial provido. (REsp 1085071/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, publicado no DJ de 08/06/09)

Desta forma é que a multa, qualquer que seja sua natureza, também integra o passivo da empresa sucedida, e da mesma forma como seu patrimônio, é transferida ao sucessor, ficando este diretamente pelo seu adimplemento, motivo pelo qual rejeito os argumentos do contribuinte.

No mérito, vale considerarmos aqui que o lançamento engloba 12 (doze) levantamentos distintos e em diversos períodos, sendo que em muitos destes levantamentos à decadência opera seus efeitos, ainda que seja pela regra inserta no art. 173, I do CTN, impossibilitando-os de serem exigidos.

É o caso dos seguintes levantamentos e períodos: ALE-RD (01/95 a 04/96); ALU-RD (05/96 a 12/98); RDC-RD (08/98); RDP-RD (05/96 a 12/98); RSA-RD (03/95 a 09/98); RSI-RD (02/95 a 04/96); e RSR-RD (01/97 a 12/97).

Como estes encontram-se decaídos, não há porque nos manifestarmos sobre a sua tributação, o que faremos apenas em relação aos levantamentos Aluguel de móveis para sócio (05/96 a 12/00); ALG-RD (aluguel); RDA - pagamentos autônomo (04/00); RPG-RD pró-labore indireto (01/99 a 12/00); e por fim RSD-RD salário não declarado (07/99 a 11/00), todos apenas parcialmente decaídos.

De início consideremos os valores pagos a autônomos, os quais alega a empresa que teria havido recolhimento por parte do contribuinte. No entanto, em que pese sua alegação, não há qualquer comprovação de que tais contribuições tenham sido recolhidas em seu tempo oportuno, não podendo ser afastadas do lançamento em razão de meras alegações, desprovidas de comprovação efetiva.

Convém lembrar que representando os alugueis mencionados, uma forma indireta de maximizar os dividendos obtidos pelo sócio com a sua atividade empresarial, nada mais correto do que considerá-los como valores passíveis da incidência do tributo previdenciário, já que representa um ganho econômico considerável.

Em relação aos valores considerados como base de cálculo a ser tributada, temos que trata-se de base presumida ou arbitrada, diante da impossibilidade da aferição da base real. Como se sabe, o arbitramento da base de cálculo tem como consequência maior a transferência ao contribuinte do ônus de demonstrar a real grandeza econômica, ônus esse do qual não se desincumbiu o Recorrente, não havendo como acatar sua insurreição.

No que tange a utilização dos veículos da empresa pelos sócios e seus parentes, temos que se restasse comprovado o seu fornecimento como meio necessário ao trabalho a ser desenvolvido por estes, poder-se-ia eventualmente dar azo ao argumento da empresa. No entanto, não é o caso em tela, onde os veículos não só serviam aos sócios, mas também aos seus parentes, onde nitidamente não tem nenhuma utilização para fins laborais.

Da mesma forma, as supostas melhorias dos imóveis, não fogem as características reconhecidas pelo autor do lançamento, na medida em que, como reconhece a DN recorrida, são valores revertidos ao proveito dos sócios que utilizam o imóvel e não a empresa proprietária, sendo os argumentos da recorrente insuficientes para nos levam a ver em sentido contrário.

Por fim, quanto aos valores pagos a título de condomínio e mensalidade do Country Clube, estes somente podem ser utilizados e usufruídos pelos sócios da empresa ou quem estes indicarem. Veja que a manutenção da condição de sócio do clube recaía sobre a empresa, mas em benefício daqueles que o utilizavam como meio de lazer, ou seja, era um gasto pessoal, sendo bancado pela empresa, portanto, não vejo condições para negar a sua natureza indireta de remunerar os sócios.

Desta feita, todos os valores remanescentes do presente levantamento, representam indiretamente vantagens econômicas auferidas pelos beneficiários em detrimento do patrimônio da empresa, e por essa razão correta me parece à incidência da contribuição previdenciária.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, para rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de 1ª instância, e por outro lado reconhecer a decadência das contribuições até a competência de 03/00. e no mérito negar-lhe provimento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 28 de outubro de 2009


ROGÉRIO DE LELLIS PINTO – Relator



Voto Vencedor

Conselheira Ana Maria Bandeira, Redatora Designada

Ouso divergir do Conselheiro Relator no que tange ao cálculo do prazo decadencial.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 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”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“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. (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 01/1995 a 12/2000 e foi efetuado em 25/04/2005, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:



“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.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“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.

.....

§ 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.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUÊNAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se do lançamento contribuições, cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a recorrente não efetuou qualquer antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 11/1999, inclusive.

Diante do exposto voto no sentido de reconhecer a ocorrência de decadência até a competência 11/1999 e quanto às demais matérias, acompanho o encaminhamento do Conselheiro Relator.

É como voto.

Sala das Sessões, em 28 de outubro de 2009


ANA MARIA BANDEIRA – Redatora Designada

