



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

Processo nº 10218.000325/00-00
Recurso nº 256.463
Acórdão nº 3803.00.419 – 3ª Turma Especial
Sessão de 30 de abril de 2010
Matéria COFINS - DECADÊNCIA
Recorrente CETENCO ENGENHARIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/1995, 28/02/1995, 31/03/1995, 30/04/1995, 31/07/1995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/10/1995, 30/11/1995, 31/12/1995

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. COFINS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA.

Em razão do transcurso do prazo decadencial previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN), encontra-se extinto o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos nas datas acima identificadas. O prazo decadencial de 10 anos previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/1991 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula Vinculante nº 8.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, e reconhecer a decadência do direito do fisco de constituir crédito tributário relativamente a todos os fatos geradores lançados.

Alexandre Kern - Presidente

Hécio Lafeta Reis - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Angela Sartori, Belchior Melo de Sousa, Hécio Lafeté Reis (Relator) Daniel Maurício Fedato e Rangel Perrucci Fiorin. Ausente justificadamente o Conselheiro Carlos Henrique Martins de Lima.

Relatório

Em 27 de outubro de 2000, a Fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Marabá/PA lavrou auto de infração em desfavor do contribuinte supra identificado (fls. 5 a 9), relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) de fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1995, em face da apuração de parcelas da contribuição devida em valores superiores aos declarados em DCTF.

Não se conformando com a autuação, o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 40 a 55) e requereu a declaração de improcedência do auto de infração, alegando, em síntese, o seguinte:

a) preliminarmente, nulidade do auto de infração por falta de ciência do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) relativo ao tributo sob fiscalização, caracterizando-se violação das regras do procedimento administrativo fiscal;

b) os valores lançados já haviam sido confessados com a adesão do contribuinte ao Programa de Recuperação Fiscal (Refis) em 27/11/2000;

c) a autuada procedeu à confissão dos débitos em momento posterior à adesão ao REFIS, face à expressa autorização normativa inserida no decreto [nº 3.712/2000], não podendo a fiscalização desconsiderar este fato e proceder a constituição do crédito tributário, mesmo porque a ciência da suposta constituição do crédito tributário pretendida pela D. autoridade fiscal ocorreu efetivamente com a ciência do presente Auto de Infração que se deu em 15.02.2001 (fl. 47);

d) sendo o Refis uma espécie de parcelamento de débitos com regras específicas, a adesão do contribuinte implica em confissão irrevogável e irretroatável da dívida, configurando-se em denúncia espontânea, conforme previsto no art. 138 do CTN;

e) tendo em vista a regra da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, “c”, do CTN, a autoridade fiscal não poderia exigir tributo que já havia sido confessado por meio de declaração complementar, antes da ciência do auto de infração, conforme autorizado pelo Decreto nº 3.712/2000;

f) os juros de mora foram calculados com base na taxa Selic que é ilegal e inconstitucional, não tendo sido criada por lei para fins tributários, tendo caráter eminentemente remuneratório.

A DRJ Belém/PA julgou o lançamento procedente (fls. 81 a 86), decidindo nos seguintes termos:

a) a existência de falhas na emissão do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não dá causa a nulidade do lançamento, por se tratar de ato discricionário vinculado à autorização e ao controle da execução dos procedimentos fiscais;

 2

b) constatada a falta ou insuficiência de recolhimentos da contribuição, deve-se exigir o tributo por meio de lançamento de ofício;

c) a opção pelo Refis após o início do procedimento fiscal não sustenta a alegação de denúncia espontânea;

d) a multa de ofício e os juros de mora decorrem da legislação de regência, devendo ser exigidos de ofício, em face do caráter vinculado da atividade de fiscalização.

Inconformado, o contribuinte recorre a este Conselho (fls. 120 a 134) e requer a decretação de nulidade do auto de infração e da decisão de primeira instância, repisando os mesmos argumentos e acrescentando a alegação de falta de apreciação de argumentos da defesa por parte da autoridade julgadora *a quo*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis, Relator

O recurso é tempestivo, preenche as demais condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Trata-se de contrariedade ao auto de infração lavrado em 27/10/2000 (fl. 5), com ciência do contribuinte em 14 de fevereiro de 2001 (fl. 39), em que se exigem parcelas da Cofins de fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1995, em face da apuração de parcelas da contribuição devida em valores superiores aos declarados em DCTF.

De pronto há de se ressaltar que, embora não tenha havido arguição da matéria por parte do Recorrente, o lançamento de ofício, todo ele relativo a fatos geradores ocorridos no ano-calendário 1995, deverá ser cancelado em face do transcurso do prazo decadencial previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Saliente-se que o instituto da decadência é matéria de ordem pública, passível, portanto, de ser enfrentada e suscitada de ofício em qualquer momento processual.

De início, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 8, a seguir transcrita, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, que previa o prazo decadencial de dez anos para a constituição de créditos tributários relativos a contribuições sociais, dispositivo legal esse que serviu de base para o afastamento da preliminar de decadência alegada pelo contribuinte em sede de impugnação.

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. (Súmula vinculante nº 8 de 12/06/2008).

A Constituição Federal, por sua vez, em seu art. 103-A e §§, determina que o conteúdo de súmula vinculante deve ser observado pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública, *in verbis*:

 3

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 (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). - Grifei

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Consoante tais dispositivos, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – prevê dispensa, por parte dos julgadores, de observância de lei já declarada inconstitucional pelo STF, a saber:

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

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

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

No mesmo sentido, a Lei Complementar nº 118/2008 revogou o referido art. 45, conforme demonstrado a seguir:

Art. 13. Ficam revogados:

I – a partir da data de publicação desta Lei Complementar:
a) os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

Dessa forma, diante do fato de se tratar a Cofins de tributo sujeito ao lançamento por homologação previsto no art. 150 do CTN, para fins de apuração do prazo decadencial, dever-se-ia aplicar a regra prevista no § 4º do mesmo artigo, *in verbis*:

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.

Contudo, considerando que no presente caso não houve pagamento antecipado sujeito à homologação por parte da Fazenda Pública – conforme se verifica da informação constante da descrição dos fatos do auto de infração (fl. 6), em que se informa que os débitos declarados em DCTF encontravam-se na Procuradoria da Fazenda Nacional –, não há que se falar em homologação tácita do lançamento, por inexistir atuação prévia do contribuinte voltada ao cumprimento da obrigação tributária.

Nessa situação, deve-se aplicar a regra geral da decadência prevista no art. 173, I, do CTN, *in verbis*:

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;

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu nesse sentido, conforme se verifica na ementa a seguir reproduzida referente ao REsp 445.137/MG de agosto de 2006:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PRAZO DECADENCIAL. CORREÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INÍCIO DA AÇÃO FISCAL. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. SÚMULAS 7 E 211 DO STJ. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTIGO 535, II, DO CPC.

(...)

3. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I do CTN. Precedentes da 1ª Seção.

(...)

9. Recurso especial conhecido em parte e provido

Nesse mesmo sentido, tem-se o seguinte posicionamento doutrinário:

Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, podem ocorrer duas hipóteses quanto à contagem do prazo decadencial do Fisco para a constituição do crédito tributário: 1) quando o contribuinte efetua o pagamento no vencimento, o prazo para o lançamento de ofício de eventual diferença a maior, ainda devida, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, forte no art. 150, § 4º, do CTN, 2) quando o contribuinte não efetua o pagamento no vencimento, o prazo para o lançamento de ofício é de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte ao de ocorrência do fato gerador, o que decorre da aplicação, ao caso, do art. 173, I, do CTN. Importante é considerar que, conforme o caso, será aplicável um ou outro prazo; jamais os dois sucessivamente, pois são excludentes um do outro. Ou é o caso da aplicação da regra especial ou da regra geral, jamais aplicando-se as duas no mesmo caso¹

Esse entendimento acima reproduzido consta da súmula nº 219 do extinto Tribunal Federal de Recursos, bem como da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2ª Turma, AC 2004.70.00.004560-0/PR, *in verbis*:

TFR Súmula nº 219 - 12-08-1986 - DJ 18-08-86

Antecipação de Pagamento - Direito de Constituir o Crédito Previdenciário - Extinção - Fato Gerador

Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que ocorreu o fato gerador

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004 70 00 004560-0/PR. EXECUÇÃO FISCAL DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

1. Em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, poderá ocorrer as seguintes situações: (a) o contribuinte efetua o pagamento tempestivo do tributo: neste caso, a Fazenda poderá homologar ou efetuar lançamento de ofício de eventuais diferenças no prazo decadencial de 5 anos contados na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, (b) o contribuinte não efetua o pagamento tempestivo: o Fisco terá que efetuar lançamento de ofício no prazo decadencial de 5 anos contados na forma do artigo 173, I, do CTN.

(...)

4. No caso em tela, não houve qualquer pagamento, incidindo, pois, o prazo do art. 173, I, do CTN. O Auto de Infração lavrado

¹ PAULSEN, Leandro. Direito tributário; Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2008

*em janeiro de 2000 relativamente a competências de 1989/1990
revela lançamento a destempo, quando o Fisco já decaíra de tal
direito.*

Portanto, tendo em vista que o auto de infração foi lavrado em 27/10/2000 (fl. 5) e cientificado ao contribuinte somente em 14/02/2001 (fl. 39), aplicando-se a regra geral da decadência prevista no art. 173, I, do CTN, conclui-se que o crédito tributário lançado, todo ele referente ao ano-calendário 1995, já se encontrava extinto na data da ciência do lançamento de ofício.

Em razão disso, decido por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, tendo em vista o transcurso do prazo decadencial de cinco anos previsto no art. 173, I, do CTN, o que abrange todos os fatos geradores objeto do lançamento, restando, portanto, prejudicada a análise das demais matérias suscitadas.

É como voto.


Hélcio Lafetá Reis

