



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 22 / 03 / 2002
Rubrica

Processo : 10660.000689/00-16

Acórdão : 203-07.517

Recurso : 115.613

Sessão : 12 de julho de 2001

Recorrente : GORGULHO E FRANCO LTDA.

Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

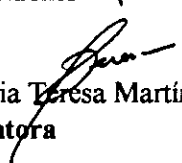
NORMAS PROCESSUAIS – LANÇAMENTO DE OFÍCIO - DECADÊNCIA - “O prazo quinquenal deve ser contado a partir da homologação do lançamento do crédito tributário. Se a Lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 05 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador. O prazo decadencial só começa a correr após decorridos 05 (cinco) anos da data do fato gerador, somados mais 05 (cinco) anos.” (STJ - Jurisprudência - Primeira Turma, em 25/09/2000 - RESP nº 260740/RJ - Recurso Especial. **PERÍCIA- DILIGÊNCIA** - Desnecessária a perícia quando o processo contém todos os elementos para a formação da livre convicção do julgador, conforme art. 18 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72 - **Preliminares rejeitadas.** **COFINS** - Apurada falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, é devida a sua cobrança, com os encargos legais correspondentes. **Recurso parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **GORGULHO E FRANCO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de decadência.** Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López (Relatora) e Mauro Wasilewski. Designado para redigir o voto, nesta parte, o Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Suplente) e **II) por unanimidade de votos: a) em rejeitar a preliminar do pedido de perícia; e b) quanto ao mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 12 de junho de 2001


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antonio Augusto Borges Torres, Henrique Pinheiro Torres (Suplente) e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.
lao/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16

Acórdão : 203-07.517

Recurso : 115.613

Recorrente : GORGULHO E FRANCO LTDA.

RELATÓRIO

Contra a contribuinte nos autos qualificada foi lavrado auto de infração, exigindo-lhe a COFINS, do período de abril de 1992 a dezembro de 1998.

Consta do relatório elaborado pela autoridade singular que:

"A fiscalização, mediante a descrição dos fatos de fl. 03, procedeu ao lançamento pela constatação da falta de recolhimento da Cofins, relatando o que se segue:

'O contribuinte acima identificado recolheu os valores devidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), restando ainda uma parte a ser recolhida aos cofres do Tesouro Nacional, valores estes apurados com as informações dadas pelo próprio contribuinte nos anos-base de 1992, 1993, 1994, 1995, 1996 e 1997 (documentos de fls. 42 a 69) e do Registro de Apuração do ICMS no ano-base de 1998 (documentos de fls. 70 a 94), tendo sido descontados os valores recolhidos de acordo com pesquisas em micro-fichas e on-line (documentos de fls. 95 a 108).'

A autuada apresentou a impugnação de fls. 111/126, onde aduziu, em síntese, que:

a) preliminarmente, devem ser excluídas as parcelas do auto de infração correspondentes a períodos anteriores a 30/03/1995, por terem sido alcançadas pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;

b) houve erro da fiscalização na determinação dos valores tributáveis, não sendo consideradas, por exemplo, as devoluções de vendas, requerendo, para a apuração da correta base de cálculo, a realização de perícia, com a indicação do perito e quesitos estampados à fl. 125;

c) não é aplicável a multa moratória nos parâmetros apontados, sendo própria para espécie a penalidade indicada no art. 61 da Lei nº 9.430/1996;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

d) também é indevida a correção dos supostos valores devidos com adoção da TR e da taxa SELIC, como apontado no Auto de Infração."

A autoridade singular, através da Decisão DRJ/JFA nº 0996, de 03 de agosto de 2000, às 155/160, manifestou-se pela procedência do lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/04/1992 a 31/12/1998

Ementa: DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES. As normas jurídicas que versam sobre as contribuições dispõem que o prazo decadencial é de dez anos.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/04/1992 a 31/12/1998

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO. Apurada em ação fiscal a ausência ou insuficiência de recolhimento da Cofins, ratifica-se o lançamento diante das provas presentes nos autos.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso da decisão singular, reiterando os argumentos expostos em sua impugnação, argumentando, portanto, em apertada síntese: a decadência de 05 anos; a necessidade de perícia eis que a (sic) "*comprovação não pode ser feita no corpo dos autos, pelo volume de papéis envolvidos e/ou pela impossibilidade de deslocar os elementos materiais examináveis*"; a exigência ilegal da multa de 75%, ao invés de 20% sobre as supostas diferenças, eis que decorrentes de informações fornecidas pelo próprio contribuinte; e da impossibilidade do uso da Taxa SELIC.

Às fls. 190 a 206, consta cópia do Processo nº 10660.000692/00-12, o Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, nos termos da IN SRF nº 26, de 06 de março de 2001.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
VENCIDA QUANTO AO ITEM DECADÊNCIA**

Presentes os pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal, inclusive instruído com processo de arrolamento de bens garantindo-lhe o prosseguimento do recurso, passo ao exame das razões meritórias.

Tratam os autos das seguintes matérias: da decadência; do pedido de perícia e dos consectários legais. Passo ao exame detalhado.

Da decadência.

O auto de infração foi lavrado em 29/02/2000 (ciência datada de 30/03/2000) relativamente aos fatos geradores ocorridos em 01/04/92 a 31/12/98. Houve pagamentos parciais da contribuição.

Sobre o assunto já tive oportunidade de me manifestar. Para tanto, adoto as razões de decidir, constantes do Acórdão da CSRF/02-0.949, julgado procedente ao contribuinte, por maioria de votos, em out/00, no qual fui relatora. As conclusões aqui expostas, são em parte reproduzidas naquele voto, muito embora lá se discutiu o FINSOCIAL.

O centro de divergência reside, na interpretação dos preceitos insculpidos nos artigos 150, § 4º, e 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, e na Lei nº 8.212/91, em se saber, basicamente, qual o prazo de decadência da o COFINS, se é de 10 ou de 05 anos.

A interpretação é verdadeira obra de construção jurídica, e no dizer de MAXIMILIANO¹:

"A atividade do exegeta é uma só, na essência, embora desdobrada em uma infinidade de formas diferentes. Entretanto, não prevalece quanto a ela nenhum preceito absoluto: pratica o hermeneuta uma verdadeira arte, guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido."

¹ Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito Forense, RJ, 1996, p.10-11



Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

A análise dos institutos da prescrição e da decadência, em matéria tributária, ganhou especial relevo com alguns julgados ocorridos no passado, provenientes do Superior Tribunal de Justiça, merecendo estudo mais aprofundado, na interpretação dos dispositivos aplicáveis, especialmente quanto aos tributos, cujo lançamento se verifica por homologação.

Tanto a decadência como a prescrição são formas de perecimento ou extinção de direito. Fulminam o direito daquele que não realiza os atos necessários a sua preservação, mantendo-se inativo. Pressupõem ambas dois fatores: - a inércia do titular do direito; - o decurso de certo prazo, legalmente previsto. Mas a decadência e a prescrição distinguem-se em vários pontos, a saber: a) a decadência fulmina o direito material (o direito de lançar o tributo, direito irrenunciável e necessitado, que deve ser exercido), em razão de seu não exercício durante o decurso do prazo, sem que tenha havido nenhuma resistência ou violação do direito; a prescrição da ação supõe uma violação do direito do crédito da Fazenda, já formalizado pelo lançamento, violação da qual decorre a ação, destinada a reparar a lesão; b) a decadência fulmina o direito de lançar o que não foi exercido pela inércia da Fazenda Pública, enquanto que a prescrição só pode ocorrer em momento posterior, uma vez lançado o tributo e descumprido o dever de satisfazer a obrigação. A prescrição atinge assim, o direito de ação, que visa a pleitear a reparação do direito lesado; e c) a decadência atinge, o direito irrenunciável e necessitado de lançar, fulminando o próprio direito de crédito da Fazenda Pública, impedindo a formação do título executivo em seu favor e podendo, assim, ser decretada de ofício pelo juiz.²

O sujeito ativo de uma obrigação tem o direito potencial de exigir o seu cumprimento. Se, porém, a satisfação da obrigação depender de uma providência qualquer de seu titular, enquanto essa providência não for tomada, o direito do sujeito ativo será apenas latente. Prescrevendo a lei um prazo, dentro do qual a manifestação de vontade do titular, em relação ao direito, deva se verificar e se nesse prazo ela não se verifica, ocorre a decadência, fazendo desaparecer o direito. O direito caduco é igual ao direito inexistente.³

Enquanto a decadência visa extinguir o direito, a prescrição extingue o direito à ação para proteger um direito:

² Aliomar Baleeiro - Direito Tributário Brasileiro - 11ª edição - atualizadora: Mizabel Abreu Machado Derzi - Ed. Forense - 1990 - pág. 910).

³ Fábio Fanucchi, "A decadência e a Prescrição em Direito Tributário", Ed. Resenha Tributária, SP, 1976, pág. 15-16.



Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

Na verdade, a distinção entre prescrição e decadência pode ser assim resumido: A decadência determina, também, a extinção da ação que lhe corresponda, de forma indireta, posto que lhe faltará um pressuposto essencial: o objeto. A prescrição retira do direito a sua defesa, extinguindo-o indiretamente.

Na decadência, o prazo começa a correr no momento em que o direito nasce, enquanto na prescrição esse prazo inicia-se no momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado, já que é nesse instante que nasce o direito à ação, contra a qual se opõe o instituto. A decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício; a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu por falta de proteção pela ação contra a violação sofrida. (...)

A Fazenda Nacional tem defendido que o prazo de decadência para a COFINS é de 10 anos, com fundamento na interpretação dos preceitos insculpidos nos artigos 150, § 4^o, e 173, inciso I^o, do Código Tributário Nacional, e Lei nº 8.212/91, enquanto que a recorrente entende que é de 05 anos, como previsto no § 4^o do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Análise doutrinária de alguns julgados do STJ:

Dentre os juristas que analisaram alguns julgados do STJ⁶ que reconheceram, no passado⁷, o prazo decadencial decenal, Alberto Xavier⁸, teceu importantes comentários,

⁴ 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 homologue. (...)

§ 4^o - Se a lei não fixar prazo à 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.

⁵ Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 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. § 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.

⁶Dentre os quais cita-se o Acórdão da 1^a Turma- STJ – Resp. 58.918 –5/RJ.

⁷Atualmente, veja-se; RE nº 199.560 (98.98482-8), RE nº 172.997-SP (98/0031176-9), RE nº 169.246-SP (98. 22674-5) e Embargos de Divergência em RESP nº 101.407-SP (98.88733-4).



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

entendendo conterem equívocos conceituais e imprecisões terminológicas. Em primeiro lugar, algumas decisões do STJ referem-se às condições em que o lançamento pode se tornar definitivo, quando o art. 150, § 4º, do CTN se refere à definitividade da extinção do crédito e não à definitividade do lançamento. Em segundo lugar, afirma o respeitável doutrinador, que o lançamento se considera definitivo "depois de expressamente homologado", sem ressaltar que se trata de manifesto erro técnico da lei, que refere a homologação ao "pagamento" e não ao "lançamento", que é privativo da autoridade administrativa (art. 142 do CTN). Em terceiro lugar, aludem as decisões à "faculdade de rever o lançamento" quando não está em causa qualquer revisão, pela razão singela de que não foi praticado anteriormente nenhum ato administrativo de lançamento suscetível de revisão.

Diz ainda o mencionado doutrinador Alberto Xavier, com relação àquelas decisões:

"Destas diversas imprecisões resultou, como conclusão, a aplicação concorrente dos artigos 150, par. 4º e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 - cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento "poderia ter sido praticado" - com o prazo do art. 150, parágrafo 4º - que define o prazo em que o lançamento "poderia ter sido praticado" como de cinco anos contados da data do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do art. 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do art. 150, parágrafo 4º."

Para o doutrinador Alberto Xavier⁸, a solução encontrada na interpretação do STJ em algumas decisões proferidas, no passado, por aquela instância, envolvendo decadência "é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão, porque mais do que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arreigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica."

As decisões proferidas pelo STJ são também juridicamente insustentáveis, pois as normas dos artigos 150, § 4º, e 173, I, todos do CTN, não são de aplicação cumulativa ou concorrente, mas reciprocamente excludentes, pela diversidade de pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º, aplica-se exclusivamente aos tributos, cujo lançamento ocorre por homologação (incumbindo ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa); o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

⁸ Alberto Xavier em "A contagem dos prazos no lançamento por homologação" – Dialética nº 27, págs. 07/13.

⁹ Idem citação anterior..



Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

O art. 150, § 4º, pressupõe um pagamento prévio, e daí que ele estabeleça um prazo mais curto, tendo como *dies a quo* a data do pagamento, dado este que fornece, por si só, ao Fisco uma informação suficiente para que se permita exercer o controle. O art. 173, ao contrário, pressupõe não ter havido pagamento prévio - e daí que se alongue o prazo para o exercício do poder de controle, tendo como *dies a quo* não a data da ocorrência do fato gerador, mas o exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado¹⁰.

O disposto no § 4º do artigo 150 do CTN determina que se considera *"definitivamente extinto o crédito"* no término do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador. Nesse sentido, não há como acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar definitivamente extinto o crédito. *"Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer a sua "ressurreição" no segundo."*¹¹

Oportunas, também, as lições do doutrinador Luciano Amaro¹² - assim transcritas:

"A norma do artigo 173, I, manda contar o prazo decadencial a partir do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado." Ora, o exercício em que o lançamento pode ser efetuado é o ano em que se inaugura, em que se instaura a possibilidade de o Fisco lançar, e não no ano em que termina essa possibilidade".

Ainda, com muita propriedade, o respeitável doutrinador Paulo De Barros Carvalho¹³ assim se manifestou sobre a matéria:

"Vale repisar que o objeto da homologação é a realização fática do pagamento, afirmado em termos precários, e tanto é assim que se mostra carente de um juízo valorativo que possa legitimá-lo perante o sistema positivo. Mas, sucede que a segurança das relações jurídicas não se compadece com a incerteza de uma atuosidade por parte da Administração Fazendária que os administrados não possam prever. De fato, não se

¹⁰ Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 1998, pág. 313/314.

¹¹ Fábio Fanucchi em "A decadência e a prescrição em Direito Tributário" - Ed. Resenha Tributária, SP - 1976, pág. 15/16.

¹² - Em Direito Tributário Brasileiro - Ed. Saraiva - 1997 - pág. 385.

¹³ publicado no Repertório de Jurisprudência da IOB, Caderno 1, da 1ª quinzena de fevereiro de 1997, págs. 70 a 77.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

compreenderia que ficassem eles, ad infinitum, ao sabor das possibilidades da ação administrativa, assistindo, passivamente, à deterioração de seus interesses, pelo fluxo inexorável do tempo. Por isso, como garantia da firmeza e segurança das relações do direito, prescreve a legislação um prazo determinado para que o Poder público exerça as suas prerrogativas homologatórias, findo o qual os pagamentos antecipados serão tidos por homologados, por força de um comportamento omissivo do titular do direito subjetivo ao tributo. O silêncio do fisco, prolongado no intervalo de 5 (cinco) anos, faz surgir um fato jurídico sobremodo relevante, na medida que produz a homologação tácita ou a homologação ficta. Este o inteiro teor do parágrafo 4º, do já mencionado artigo 150, do CTN, lembrando apenas que o termo inicial desse intervalo é a ocorrência do fato gerador, marco que poderia desviar nossa atenção do enunciado segundo o qual aquilo que se homologa é o pagamento antecipado e não o fato jurídico tributário ou a série de atos praticados pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Conta-se lapso de 5 (cinco) anos, a partir do momento em que ocorreu o fato gerador. Findo o referido trato de tempo, os pagamentos antecipados porventura promovidos dar-se-ão por homologados, na forma do artigo 150 do CTN. Observa-se que o prazo apontado não é de decadência ou de prescrição, pois entendendo existir, para a Fazenda, o direito de exercer tacitamente seus deveres homologatórios, manifestando, quando assim consultar seus interesses, a faculdade de manter-se quieta, omitindo-se. A oportunidade é boa para estabelecermos uma diferença importante: o espaço de tempo que a Administração dispõe para lavrar o lançamento, nos casos de tributos por homologação é de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador (prazo de decadência). Dentro desse período, os agentes públicos poderão tanto homologar os pagamentos, quanto constituir os créditos de tributos não pagos antecipadamente. Por outro lado, nos casos de comportamento omissivo da Administração, decorridos cinco anos do fato gerador sucederá o fato da decadência com relação aos pagamentos antecipados que não foram regularmente promovidos, ao mesmo tempo em que operará a homologação tácita com relação aos pagamentos antecipados que tiverem sido concretamente efetivados. Enquanto o fato jurídico da decadência determina a perda do direito de efetuar o lançamento, o fato jurídico da homologação tácita consubstancia a própria realização do direito de homologar, se bem que por meio de um comportamento omissivo.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

Feitas as considerações gerais, passo igualmente ao estudo especial da decadência das Contribuições.

A Decadência da COFINS:

Por outro lado, há de se questionar se a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, criada pela Lei Complementar nº 70/91, como a extinta Contribuição para o FINSOCIAL, deve observar as regras gerais do CTN ou a estabelecida por uma lei ordinária (Lei nº 8.212/91), posterior à Constituição Federal.

A Lei nº 8.212/91, republicada com as alterações no DOU de 11/04/96, no art. 45, diz que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos contados na forma do art. 173, incisos I e II, do CTN.

O Primeiro Conselho de Contribuintes já se manifestou, no sentido favorável ao contribuinte, conforme se verifica através do Acórdão nº 101-91.725, Sessão de 12/12/97, cuja ementa está assim redigida:

“FINSOCIAL FATURAMENTO - DECADÊNCIA: Não obstante a Lei nº 8.212/91 ter estabelecido prazo decadencial de 10 (dez) anos (art. 45, caput e inciso I), deve ser observado no lançamento o prazo quinquenal previsto no artigo 150, parágrafo 4º do CTN - Lei nº 5.172/66, por força do disposto no artigo 146, inciso III, letra "b" da Carta Constitucional de 1988, que prevê que somente à lei complementar cabe estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

Nesse mesmo sentido, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, em Sessão de 09/11/98, Recurso RD nº 101-1.330, Acórdão CSRF/02-0.748, assim se manifestou:

“DECADÊNCIA - Por força do disposto no art. 146, inciso III, letra "b" da Carta Constitucional de 1988, que prevê que somente à Lei Complementar cabe estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição, decadência, é de se observar prazo decadencial de cinco anos conforme art. 150, parágrafo 4º do CTN. Lei nº 5.172/66. Recurso a que se nega provimento.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

Portanto, firmado está para mim o entendimento de que a contribuição social segue as regras estabelecidas pelo Código Tributário Nacional, e, portanto, a essas é quem devem se submeter.

Diante de tudo o mais, no que pertine à Decadência, concluo que:

1- Os fatos geradores relativamente à COFINS, no período anterior a 30/03/95, ocorreram há mais de 05 anos antes da lavratura do auto de infração (30/03/2000) e, assim sendo, não pode a fiscalização, agora, constituir o crédito tributário pelo lançamento, como determina o artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN, porque decaído está desse direito. Com efeito, em se tratando de tributo, cujo lançamento é por homologação, aplica-se a regra do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional;

2- No caso concreto, à evidência inexistente dolo, fraude ou simulação, visto que não cogitou o Fisco de tais ocorrências; e

4- A aplicabilidade da Lei nº 8.212/91 há de ser afastada por se tratar de lei ordinária (artigo 146, inciso III, letra "b", da Carta Constitucional de 1988, que prevê que somente à lei complementar cabe estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários).

Da perícia solicitada:

Em relação ao pedido de perícia solicitado pela contribuinte, o mesmo foi indeferido pela autoridade julgadora, por considerá-la desnecessária, sob o argumento de que o processo contém todos os elementos para a formação da livre convicção do julgador. Tal procedimento, pautado está no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, a seguir transcrito:

"Art. 18 – A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferido as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)."

Consta das razões de decidir pela autoridade singular que:

"De plano, verifica-se que a contribuinte atendeu à legislação no concernente à indicação de seu perito, bem como na formulação dos quesitos que pretende



Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

serem examinados. A motivação para a realização da perícia e os quesitos apresentados, à fl. 149/150, por seu turno, revelam caráter meramente protelatório, tendo em vista os elementos contidos nos autos.

Observa-se que todos os valores tributáveis, do período de 01/04/1992 a 31/12/1997, adotados pela fiscalização foram extraídos das próprias declarações de rendimentos da contribuinte, às fls. 42/69, não trazendo essa quaisquer fatos novos que pudessem indicar que os seus registros estivessem incorretos. E, em relação ao período de 01/01 a 31/12/1998, a fiscalização descreveu a obtenção dos valores com base no Registro de Apuração do ICMS, às fls. 70/94, sendo que, mediante o exame desse livro não se verifica nas suas entradas (fls. 71, 73, 75, 77, 79, 81, 83, 85, 87, 89, 91 e 93) supostas devoluções de vendas que pudessem ser deduzidas de sua receita, para fins de determinação da base de cálculo da Cofins.

Saliente-se, nesse sentido, que os autos contém os documentos atinentes à lide, e esses permitem sua análise escorreita, sendo dispensável, pela ausência de justificativas, o exame pericial.

*Assim, considera-se a realização da perícia prescindível, nos termos do disposto no art. 18 do Decreto n.º 70.235/72 (com redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93), restando **indeferir** o pedido."*

Portanto, para o convencimento deste Colegiado, deveria a contribuinte ter trazido quaisquer fatos que pudessem indicar que os seus registros estivessem incorretos. Em não o fazendo, sequer por amostragem, há de se considerar como correta a decisão singular.

Dos consectários legais:

No que pertine a multa, há de se verificar que a aplicada, de 75%, decorreu de uma infração fiscal cometida pela recorrente e constitui penalidade pecuniária. Não consta dos autos qualquer informação da contribuinte, em DCTF, sobre os valores, objeto de exigência. Trata-se, portanto, de penalidade e não de tributo, não tendo caráter confiscatório, já que não visa arrecadar mais tributo ou contribuição, mas sim desestimular a prática da ilicitude fiscal que a mesma visa coibir.

Esclareça-se que não há de se confundir multa de ofício com multa de mora; esta é devida quando os contribuintes recolhem o imposto devido fora do prazo, mas espontaneamente; aquela é devida no caso de lançamento de ofício. O percentual da multa de mora, atualmente em vigor, é de 0,33% por dia de atraso, limitado a 20%, enquanto que na multa de ofício, quando da **apuração da infração fiscal**, era de 100%, conforme artigo 4º da Lei nº



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

8.218/91; atualmente, tendo em vista a superveniência da Lei nº 9.430, de 27.12.96, artigo 44, inciso I, reduzido ficou para 75%, tal como procedido pela autoridade fiscal. Neste caso, a multa somente é devida quando o contribuinte não cumpre com a obrigação tributária, nos termos em que é exigida por lei. Observa-se inexistir, até a presente data, contestação judicial, de forma conclusiva, acerca da ilegalidade da referida cobrança administrativa.

No que pertine aos juros, apenas são devidos após o vencimento legal da obrigação tributária, a partir do qual ela se torna exigível. Caso não haja dispositivo de lei em contrário, os juros de mora deverão ser calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês. A partir de janeiro de 1997, nos termos do artigo 26 da Medida Provisória nº 1.542/96 e reedições posteriores (atualmente artigo 61 da Lei nº 9.430/96), passaram a incidir juros de mora equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento.” No que pertine à aplicação da Taxa SELIC, há de se observar, pelo acompanhamento da jurisprudência, não haver ainda conclusividade sobre a ilegalidade da mesma, razão pela qual entendo perfeitamente exigível.

No mais, verifica-se que o lançamento foi realizado com absoluta observância aos princípios norteadores do direito administrativo. Portanto, dou provimento ao recurso voluntário apenas para admitir a decadência, no período anterior a 30/03/95.

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de julho de 2001


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

VOTO DO CONSELHEIRO FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ,
RELATOR-DESIGNADO QUANTO AO ITEM DECADÊNCIA

Designado relator de Voto vencedor, na matéria sobre a qual passo a discorrer, início por adotar o Relatório da lavra da ilustre Conselheira Maria Teresa Martínez López, ora vencida.

A referida matéria diz respeito ao prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento da Contribuição para Seguridade Social - COFINS, na modalidade Faturamento, que entendo deva ser tratada como preliminar.

Com o devido respeito aos argumentos defendidos pelos ilustres Conselheiros que entendem assistir razão à recorrente, no que diz respeito à argüida decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento de ofício sobre OS fatos geradores ocorridos há mais de 05 (cinco) anos da ciência do auto de infração, alio-me àqueles que admitem o referido prazo como sendo de 10 (dez) anos.

Isto porque, mesmo reconhecendo o brilhantismo do Voto ora vencido, porém sem tencionar contestá-lo quanto aos seus bem lançados argumentos, amparados que estão em citações doutrinárias de inquestionável peso, mas considerando nossa condição de tribunal administrativo, entendo que a jurisprudência emanada dos tribunais superiores pátrios devem balizar nossas decisões, mormente quando a matéria se presta a infundáveis discussões doutrinárias, em que juristas de primeira linha, possuidores de inquestionável saber jurídico, se debruçam sobre o tema na busca de um denominador comum, infelizmente, ainda, não alcançado.

Esse tem sido o posicionamento majoritário desta Câmara em seus julgados, seguindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisões de Primeira e Segunda Turmas, conforme podemos constatar, por exemplo, dos arestos assim ementados:

“TRIBUTO – HOMOLOGAÇÃO – DECADÊNCIA. O prazo quinquenal deve ser contado a partir da homologação do lançamento do crédito tributário. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do Fato gerador. O prazo decadencial só começa a correr após decorridos 05 (cinco) anos da data do fato gerador, somados mais 05 (cinco) anos. Recurso Provido.” (Acórdão RESP 260740/RJ – RECURSO ESPECIAL – Primeira Turma, em 25/09/2000 – Relator Min. GARCIA VIEIRA).



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10660.000689/00-16
Acórdão : 203-07.517
Recurso : 115.613

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL, EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 150, parágrafo 4º E 173, INCISO I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. CONTAGEM DO PRAZO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário não tem início com a ocorrência do fato gerador, mas, sim, depois de cinco anos contados do exercício seguinte àquele em que foi extinto o direito potestativo da Administração de rever e homologar o lançamento. 2. Não configura a decadência no caso em exame – cobrança de diferença do ICMS em lançamento por homologação –, porquanto o fato gerador ocorreu em junho de 1990, e a inscrição da dívida foi realizada em 15 de agosto de 1995, portanto, antes do prazo decadencial, que só se verificará em 1º de janeiro de 2001 (6/90 – fato gerador/ + 5 anos = 6/95 – extinção do direito potestativo da Administração/ 1º/01/96 – primeiro dia do exercício seguinte à extinção do direito potestativo da Administração/ + 5 anos = prazo de decadência da dívida/ 15/08/95 – data em que ocorreu a inscrição da dívida/ 1º/01/2001 – limite do prazo decadencial). 3. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime." (Acórdão RESP 198631/SP – RECURSO ESPECIAL – Segunda Turma, em 25/04/2000 – Relator Min. FRANCIULLI NETTO).

"TRIBUTÁRIO – FINSOCIAL – COMPENSAÇÃO – PRESCRIÇÃO – DECADÊNCIA. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, não havendo lançamento por homologação ou qualquer outra forma, o prazo decadencial só começa a correr após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais 05 (cinco) anos." (Acórdão RESP 250753/PE – RECURSO ESPECIAL – Primeira Turma, em 15/06/2000 – Relator Min. GARCIA VIEIRA).

Dessa forma, votei no sentido de rejeitar, preliminarmente, a argüida caducidade do questionado direito à constituição do crédito tributário, por parte da Fazenda Nacional.

Sala das Sessões, em 12 de julho de 2001.

FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ