



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

Processo nº 10680.002634/97-18
Recurso nº 132.173 Embargos
Acórdão nº 1102-00.113 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de dezembro de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado SECULUS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE – ERRO MATERIAL: Admitida a existência de omissão no acórdão embargado é de se retificar a parte expositiva do voto e, em decorrência, já que a correção do erro implica em alteração da apreciação do mérito, é de se reconhecer efeitos infringentes.

Embargos de declaração da Fazenda Nacional conhecidos e providos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer dos embargos com caráter infringente, para retificar a parte dispositiva do voto vencedor condutor da decisão consubstanciada no Acórdão nº 105-16.816, de 06.12.2007 e, reconhecendo efeitos infringentes dos embargos, para retificar o Acórdão e acolher a decadência para o Finsocial, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

SANDRA MARIA FARONI - Presidente

JOSE CARLOS PASSUELLO - Relator

EDITADO EM: 01 MAR 2010

Participaram do presente julgamento, Sandra Maria Faroni (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, Cheryl Berno e Natanael Vieira dos Santos (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de recurso de embargos de declaração interposto pela Fazenda Nacional face à decisão da extinta 5ª Câmara do 1º Conselho de contribuintes, cuja proposta de integração à pauta pelo processo está apoiada no despacho que a seguir leio em plenário e transcrevo:

Trata-se de recurso de embargos de declaração interposto pela Fazenda Nacional face à decisão prolatada pela extinta 5ª Câmara do 1º Conselho de contribuintes, visando sanar omissão no voto vencedor condutor da decisão embargada, consubstanciada no Acórdão nº 105-16.816, de 06.12.2007.

Transcrevo, da peça recursal a descrição de seus fundamentos (fls. 466 a 468) visando dar maior clareza ao pleito fazendário:

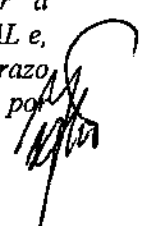
“A interposição dos presentes embargos justifica-se em razão da caracterização de omissão no presente julgado, no que tange ao pronunciamento desta e. Câmara acerca da preliminar de decadência relativa às contribuições sociais, suscitada pelo contribuinte. Isso porque, nos termos do voto proferido pelo i. relator do processo, que restou vencido no mérito, estaria decaído o direito da Fazenda Pública constituir o crédito relativo ao PIS, para todos os meses do ano calendário de 1991.

Por sua vez, o voto proferido pelo emitente Conselheiro José Carlos Passuello, seguido pelos demais julgadores, deu a entender que discordaria do voto proferido pelo relator, pois seria aplicável ao caso o art. 150, § 4º, do CTN, sem, no entanto, tecer maiores comentários acerca do assunto ou submeter a matéria à votação dos demais membros desta e. Câmara.

Ocorre que matérias que são tratadas como “preliminar”, devem anteceder ao julgamento do mérito do processo e são, inclusive, questões que condicionam a análise do mérito. É dizer que o tema central do processo somente deverá ser abordado, caso ultrapassada a preliminar invocada.

Esta, contudo, não foi a conduta adotada pelo i. relator designado. Ao contrário, sequer discorreu acerca da decadência das contribuições sociais, em razão do fato de entender por dar provimento ao recurso voluntário, condicionando, assim, o julgamento da preliminar ao não provimento do recurso.

Em verdade, caso o entendimento desta Câmara seja pelo acolhimento da preliminar de decadência para as contribuições sociais, o que, repita-se não se sabe ao certo, posto que a matéria, aparentemente não foi submetida à apreciação deste Colegiado, não constando sequer no acórdão, o resultado deste julgamento deveria ter sido outro, qual seja, acolher a preliminar de decadência para o PIS, a CSLL e o FINSOCIAL e, para os demais tributos não abrangidos pelo decurso do prazo decadencial, qual seja IRPJ, dar provimento ao recurso, por maioria de votos.



Se o entendimento desta e. Câmara foi de fato este, essa decisão deve estar bastante clara por implicar em não conhecimento das argumentações relativas ao mérito para esses tributos.

Ademais, por não ter sido a matéria aparentemente submetida a julgamento, não se sabe ao certo se, de fato, foi ou não acolhida a preliminar de decadência para todas as contribuições sociais, e em que termos.

Assim, seria prudente que se esclarecesse, sobretudo para fins de eventual interposição de recurso, qual a efetiva desta e. Quinta Câmara no que tange ao acolhimento ou não da preliminar de decadência para as contribuições sociais, e em que termos, devendo, inclusive, constar a referida decisão no acórdão, tendo em vista que tal pronunciamento deve preceder ao julgamento do mérito da lide."

Efetivamente, na parte expositiva do voto procedi aos seguintes destaques relativos à matéria embargada:

A primeira questão diz respeito à preliminar de decadência relativa às contribuições sociais, com relação à qual entendo aplicar-se o artigo 150 par 4º do CTN, mas deixo de examinar essa matéria diante da proposta de provimento ao recurso pela apreciação do mérito que adiante farei.

e,

Acompanho o I Relator nos demais argumentos expendidos no seu voto (ressalvo a menção anterior à decadência das contribuições sociais), porém entendo ser adequado o cancelamento integral da exigência.

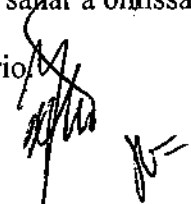
Assim, é evidente a omissão, já que apresentada a preliminar de decadência que foi parcialmente acolhida pelo Ilustre Relator do voto vencido (Pis), ofereci divergência com relação à preliminar mas esse fato não integrou a conclusão do voto.

Dessa forma, entendo deva ser suprida a omissão caracterizada pela falta de descrição dos argumentos vinculados à preliminar de decadência e sua votação formal.

Diante disso, proponho a colocação do processo em pauta na primeira oportunidade para que a Turma delibere sobre o saneamento da omissão e, em consequência manifeste-se com relação a eventuais efeitos infringentes.

Por essas razões entendo deva ser colhida a manifestação desta Turma em julgamento regular, visando sanar a omissão apontada pela Fazenda Nacional.

É o relatório



Voto

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO, Relator

Realmente existe omissão clara no voto vencedor condutor da decisão recorrida que, apesar de mencionar, deixou de apreciar a preliminar de decadência relativa ao IRPJ, CSLL, Finsocial e IRFonte.

Inicialmente, cumpre manifestar-me no sentido de que concordo com a posição da Fazenda Nacional que as preliminares devem ter o julgamento precedente à matéria de mérito, apesar de entender também que a decadência representa verdadeira preliminar prejudicial de mérito, em cuja linha reconheço a necessidade de suprir a omissão contida no meu voto adotado pela 5ª Câmara acerca omissão em discorrer sobre a decadência.

Os autos de infração foram levados à ciência do contribuinte no dia 08.04.1997, tendo alcançado o ano-calendário de 1991, unicamente.

Acompanhei o Ilustre Relator prolator do voto vencido relativamente ao acolhimento da preliminar de decadência com relação ao PIS, único tributo por ele submetido ao artigo 150 do CTN, já que o IRPJ entendeu estar regulado pela Lei nº 8.383/91, já que se referia ao ano-calendário de 1991 e estaria regulado pelo artigo 173 do CTN e que a CSLL e o Finsocial se subordinavam ao artigo 45 da Lei 8.212/91.

Deixou de apreciar a preliminar com relação ao IRFonte, assim tendo se expressado com relação a ela: "Para o IRRF, torna-se irrelevante a análise, pois, como se verá adiante, a decisão será, no mérito, favorável à recorrente."

Com relação à decadência, no que diz respeito ao IRPJ e à CSLL, a despeito de entender pessoalmente que a caracterização desses tributos como sendo submetidos à homologação estatuída no artigo 150 do CTN, me curvo à jurisprudência da extinta 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e manifesto-me em concordância com o Ilustre Relator do voto vencido, rejeitando sua aplicação.

Acompanho também o entendimento do Ilustre Relator prolator do voto vencido com relação aos argumentos dirigidos ao Finsocial, em semelhança ao que destinou ao PIS.

Resta claro que a sistemática de apuração do Pis e do Finsocial eram semelhantes e o Ilustre Relator do voto vencido apenas manteve a tributação relativa ao Finsocial diante do entendimento sobre a aplicação do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, de estar submetido o lançamento ao prazo decenal.

Porém, o meu entendimento, que era majoritário na 5ª Câmara era de que as contribuições sociais estavam, também ao abrigo do artigo 150 do CTN, portanto submetidos à homologação quinquenal, cuja argumentação trago, por reprodução de outro prolatado (Recurso nº 103-142.037 – CSRF, 1ª Turma¹) após a promulgação da Súmula Vinculante nº 08, do STF, sob fundamentos:

¹ NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO –
DECADÊNCIA – CSLL – SUA NATUREZA TRIBUTÁRIA –

A discussão sobre a contagem do prazo decadencial relativamente às contribuições sociais vem se travando há longo tempo e estava centrada na hierarquia das leis.

Questionava-se a aplicação do artigo 45 da Lei nº 8.212/91², em especial o seu inciso I, em cotejo com o artigo 150, par 4º, do CTN, perante o artigo 146, III, da Constituição Federal³.

Era predominante neste Colegiado a posição que entendia que, sendo a Lei nº 8.212/91 norma ordinária, não lhe competia regular matéria relativa à decadência, que recebia pelo texto do artigo 146, III, da Carta Magna, definição pela necessidade de tratamento por lei complementar, a cujo "status" estava guindado o CTN.

Assim, aceitava-se que o prazo decadencial era aquele estatuído no par 4º, do artigo 150, do CTN, de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

O judiciário também estava indeciso, apesar da predominância pela aplicação do CTN em prejuízo da lei ordinária (Lei nº 8.212/91).

A Corte Especial do STJ, na competência definida no artigo 97 da Constituição Federal⁴, na sessão de 15.08.2007, em AI no REsp 616348/MG, apreciando arguição de inconstitucionalidade, assim decidiu:

APLICAÇÃO DO ARTIGO 150 DO CTN: A Contribuição social sobre o lucro líquido, instituída pela Lei nº 7.689/88, em conformidade com os arts. 149 e 195, § 4º, da Constituição Federal, tem a natureza tributária, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade de votos, no RE Nº 146.733-9-SÃO PAULO, o que implica na observância, dentre outras, das regras do art. 146, III, da Constituição Federal de 1988. Desta forma, a contagem do prazo decadencial da CSLL se faz de acordo com o artigo 150, § 4º do CTN. Súmula Vinculante do STF nº 08.

Recurso Especial da Fazenda Nacional conhecido e improvido.

² ART.45 - O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:
I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

(...)

³ Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

(...)

⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Processo

AI no REsp 616348 / MGARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO
RECURSO ESPECIAL2003/0229004-0

Relator(a)

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador

CE - CORTE ESPECIAL

Data do Julgamento

15/08/2007

Data da Publicação/Fonte

DJ 15.10.2007 p. 210RDDT vol. 149 p. 129RET vol. 59 p. 51

Ementa

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE
INCONSTITUCIONALIDADE. DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO
ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.
2. Argüição de inconstitucionalidade julgada procedente.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, conhecer, por maioria, da argüição de inconstitucionalidade, vencido o Sr. Ministro José Delgado, e, no mérito, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado e os votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Na preliminar os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

No mérito os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves,

Barros Monteiro, Hamilton Carvalhido, João Otávio de Noronha e
Arnaldo Esteves Lima.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz e,
ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Carlos Alberto
Menezes Direito.

Nesse processo, o Ministério Público já se manifestou pelo Parecer do Dr. Benedito Izidro da Silva, Subprocurador-Geral da República, no referido REsp nº 161348/MG, pelo cabimento do incidente com a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 45 da Lei Ordinária nº 8.212/91, adotando nas conclusões o seguinte teor, reproduzido abaixo:

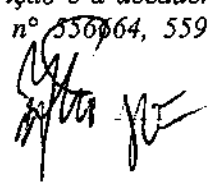
“Utilizando-se a hermenêutica constitucional, a solução da antinomia jurídica configurada entre o CTN e a lei ordinária da previdência social deve ocorrer pelo critério da hierarquia, que faz prevalecer a norma cuja a Constituição Federal de 1988 situou em grau hierárquico superior; in casu, o Código Tributário Nacional que foi recepcionado pela ordem constitucional como lei complementar.

Conclui-se, destarte, por meio das diversas conclusões parciais que se concatenam, no seguinte sentido: 1) a contribuição social como tributo deve observância as normas gerais de Direito Tributário; 2) A decadência como norma geral deve ser veiculada pelo instrumento normativo da lei complementar por expressa previsão constitucional (art. 146, III, b da CF) e a mesma se submete as contribuições sociais; 3) reconhecido o status de lei complementar do CTN quando dispõe de normas gerais em matéria de legislação tributária, 4) disposição expressa no CTN fixando o prazo quinquenal; 5) lei ordinária adotando prazo diverso; 6) prazo determinado que não elide seu conteúdo de norma geral; 7) regras de hermenêutica constitucional, critério da hierarquia das normas e princípio do paralelismo das normas; 8) inconstitucionalidade da lei ordinária que adentra competência reservada à lei complementar em matéria de direito tributário.

No sentido da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se pronunciou no AI nº 200070010041785 – 2/PR em julgamento proferido na data de 22 agosto de 2001.

Pelo exposto, opina o Ministério Público Federal por seu representante, o Subprocurador-Geral da República infra-assinado, pelo cabimento do incidente com a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 45 da Lei ordinária nr 8.212/9”

Finalmente, encerrando a discussão, o STF, na sessão de 11 de junho de 2008, decidiu que somente a lei complementar pode dispor sobre normas gerais como a prescrição e a decadência, ao apreciar os Recursos Extraordinários nº 556064, 559882, 559943 e 560626, todos por unanimidade.



Seguiu-se a aprovação da Súmula vinculante nº 8, assim formalizada:

"Súmula Vinculante nº 8

Após ouvir a opinião favorável do vice-procurador-geral da República, Roberto Monteiro Gurgel, os ministros aprovaram a Súmula Vinculante número 8, sobre o tema julgado, que passa a vigorar com a seguinte redação: "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".

A Súmula Vinculante compromete o Poder Judiciário em todas suas instâncias e as decisões prolatadas após sua aprovação serão a ela submissas.

Se bem possam alguns entenderem que a Súmula Vinculante não subordina os processos administrativos, apenas por falta de previsão expressa, seria insanidade não adotar suas determinações, sob pena de permitir o ingresso de discussões no Judiciário que somente terão como consequência a determinação de pesadas sucumbências aos cofres públicos.

Além disso, o Decreto nº 2.194/97 determina em seu artigo 3º, ao se referir a matéria tratada em texto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que os créditos tributários pendentes de julgamento devem subtrair a aplicação da lei, na forma de seu texto:

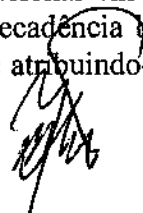
Art. 3º Caso os créditos tributários constituídos estejam pendentes de julgamento, compete aos órgãos julgadores, singulares ou coletivos, subtraírem a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional.

Dessa forma, além de me basear na jurisprudência administrativa forjada neste Colegiado, decido diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 declarada formalmente tanto pelo STJ quanto pelo STF, esse último se expressando definitivamente pela Súmula Vinculante nº 8.

Assim, entendo que também o Finsocial deva ter a tributação afastada diante da preliminar de decadência.

Já, com relação ao IRRF, como o I Relator do voto vencido, entendo que, por ter o lançamento sido capitulado no artigo 35 da Lei nº 7.713/98, cuja inconstitucionalidade foi declarada e aplicável aos casos semelhantes ao caso do processo, também, como o fez o I Relator do voto vencido, deixo de apreciar a preliminar de decadência diante da declaração de inconstitucionalidade, concordando com a exoneração, até porque a inconstitucionalidade é verdadeira preliminar de nulidade e deve preceder às demais.

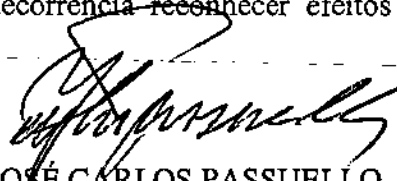
Dessa forma, entendo que, como requerido pela Fazenda Nacional em seu recurso de embargos de declaração, deve esta Turma pronunciar-se sobre a decadência bem como sobre os argumentos que foram omitidos no meu voto anterior, inclusive atribuindo-lhe efeitos infringentes (modificativos) com relação à decisão anterior.



Por não ter sido motivo do recurso de embargos, deixo de apreciar o provimento ao IRPJ e à CSLL reiterando as razões correlatas.

Assim, retifico meu voto anterior, pronunciando-me por acompanhar o Ilustre Relator relativamente ao acolhimento da preliminar de decadência do Pis; reconhecer a dedutibilidade da CSLL, lançada de ofício, da base de cálculo do IRPJ (igualmente lançado de ofício); exonerar a multa por atraso na entrega da DIRPJ; exonerar a exigência relativa ao IRRF (ILL) e, além disso, divergindo de sua posição, acolher a decadência do Finsocial e, no mérito, relativamente ao IRPJ e CSLL prover o recurso voluntário.

Deve, portanto, ser retificada a parte expositiva do voto vencedor condutor da decisão consubstanciada no Acórdão nº 105-16.816, de 06.12.2007, visando suprir a omissão apontada e, em decorrência reconhecer efeitos infringentes dos embargos para retificar o Acórdão.


JOSÉ CARLOS PASSUELLO

JP