



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10865.001431/98-17
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9303-002.203 – 3ª Turma
Sessão de 7 de fevereiro de 2013
Matéria Finsocial - Decadência
Embargante Fazenda Nacional
Interessado Fábrica de Papeldo Santa Maria S/A

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/07/1991, 31/08/1991, 30/09/1991, 31/10/1991, 30/11/1991, 31/12/1991, 31/01/1992, 29/02/1992, 31/03/1992/

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INSTRUÇÃO DOS AUTOS.

CONTRADIÇÃO.

Configurado o vício de contradição, na instrução dos autos, acolhem-se os embargos de declaração interpostos para supri-la.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. CINCO ANOS, NOS TERMOS DO CTN. SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 8/2008.

Editada a Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo para a Fazenda proceder ao lançamento das contribuições sociais é de cinco anos, nos termos do Código Tributário Nacional.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os embargos de declaração para retificar o acórdão embargado para não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional. Ausente, momentaneamente, a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Maria Teresa Martínez López e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente Substituto)

Relatório

Cuida-se de Embargos de Declaração interpostos, tempestivamente, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) contra o Acórdão nº 03-06.014, de 8 de setembro de 2008, da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), com fulcro nos artigos 64, I, e 65 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 2 256, de 22 de junho de 2009 — RI/CARF, nos termos da petição de folhas 212 a 215.

A PGFN sustenta que o Acórdão apresenta contradição/erro material, dado que "em nada se coaduna a discussão travada ao longo de todo o processo" (fl. 215), tendo em vista que a matéria sobre a qual se controverte nos autos é a decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento de ofício do Finsocial, enquanto que o Acórdão proferido pela Terceira Turma da CSRF versa sobre o prazo prescricional para a repetição do indébito.

A par dos embargos opostos, ressalte-se que, nos termos do art. 65 do RI/CARF, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Turma.

Seção I

Dos Embargos de Declaração

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão:
{2}

I - por conselheiro do colegiado; {2}

II - pelo contribuinte, responsável ou preposto; {2}

III - pelo Procurador da Fazenda Nacional; {2}

IV - pelos Delegados de Julgamento, nos casos de nulidade de suas decisões; {2}

V - pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão. {2}

§ 2º O presidente da Turma poderá designar conselheiro para se pronunciar sobre a admissibilidade dos embargos de declaração. {2}

§ 3º O despacho do presidente será definitivo se declarar improcedentes as alegações suscitadas, sendo submetido à deliberação da turma em caso contrário.

§ 4º Do despacho que rejeitar os embargos de declaração será dada ciência ao embargante.

§ 5º Os embargos de declaração opostos tempestivamente interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

§ 6º As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às decisões em forma de resolução.

Os presentes autos se referem a lançamento de ofício do Fundo de Investimento Social (Finsocial) de julho de 1991 a março de 1992, destinado h. prevenção da decadência — dado que o contribuinte discutia no Poder Judiciário acerca da existência de débitos do Finsocial —, do qual foi dada ciência ao autuado em 23 de outubro de 1998, que o impugnou (fls. 28 a 31), tendo a DRJ Ribeirão Preto/SP decidido pela procedência do lançamento (fls. 39 a 41).

Diante do Recurso Voluntário interposto (fls. 48 a 51), a Terceira Câmara do então Terceiro Conselho de Contribuintes decidiu por provê-lo (fls. 120 a 136), reconhecendo-se o decurso do prazo decadencial previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN), em razão do que, na data da ciência do auto de infração, não mais assistia Administração tributária o direito de lançar os valores referentes ao crédito tributário já extinto.

Por não se filiar à tese esposada pela referida Turma, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (fls. 139 a 147), defendendo o prazo decadencial de dez anos para a realização do lançamento de ofício da contribuição, tendo o então Recorrido apresentado contra-razões (fls. 156 a 159), contrapondo-se à Fazenda Nacional por entender que, no caso, dever-se-ia aplicar a regra geral da decadência, nos termos já decididos pela Terceira Câmara do então Terceiro Conselho de Contribuintes.

Em 8 de setembro de 2008, a Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais prolatou o acórdão nº 03-06.014 (fls. 198 a 208), negando provimento ao Recurso Especial, centrando seus fundamentos, por completo, na matéria relativa ao prazo

prescricional para a repetição do indébito, em face do que se interpuseram os embargos que ora se analisam.

É o relatório.

Voto

A PGFN opôs os presentes embargos alegando contradição, pois todo o contencioso, inclusive o pedido feito em sede de Recurso Especial tratava de um Auto de Infração, cujo contribuinte teve ciência em 23 de outubro de 1998 e o fato gerador da contribuição se deu entre 31 de julho de 1991 e 31 de março de 1992.

Já foi pacificado a questão do prazo para a Fazenda Pública efetuar o lançamento, calha observar que o Supremo Tribunal Federal publicou no Diário Oficial da União do dia 20/06/2008 o enunciado da Súmula vinculante nº 08, verbis:

Em sessão de 12 de junho de 2008, o Tribunal Pleno editou os seguintes enunciados de súmula vinculante que se publicam no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, nos termos do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.417/2006:

Súmula vinculante nº 8 - 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.

Precedentes: RE 560.626, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 556.664, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.882, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.943, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/6/2008; RE 106.217, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12/9/1986; RE 138.284, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/8/1992.

Legislação:

Decreto-Lei nº 1.569/1997, art. 5º, parágrafo único Lei nº 8.212/1991, artigos 45 e 46 CF, art. 146, III Brasília, 18 de junho de 2008.

A adoção de súmula vinculante (art. 103-A da CF, introduzido pela EC n. 45/2004), na qual se afirma que determinada conduta, dada prática ou uma interpretação é inconstitucional. Nesse caso, a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante. A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Desde já, afigura-se inequívoco que a referida súmula conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. E isso em função de não ter sido alterada a cláusula clássica, constante do art. 52, X, da Constituição, que

outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). **Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a norma objeto da declaração de inconstitucionalidade.**

Portanto, dada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, não há como considerar ser de dez anos o prazo para efetuar o lançamento.

Assim teremos que fazer a fundamentação com base no CTN, obrigatoriamente.

O CTN preceitua duas formas para se contar o prazo decadencial, na primeira delas o termo de início deve coincidir com data de ocorrência do fato gerador, quando o sujeito passivo tenha antecipado o pagamento, e, na segunda, o termo inicial é o 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, quando não tiver havido antecipação de pagamento ou ainda houver sido verificada a existência de dolo, fraude ou simulação, por parte do sujeito passivo. Nesse caso, não há que se falar em pagamento ou não.

Com relação ao mérito, especificamente quanto ao prazo decadencial para lançamento dos créditos tributários nos casos de tributos cujo lançamento é por homologação, é de se destacar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou quanto à matéria na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, ou seja, através da análise dos chamados “recursos repetitivos”.

O precedente proferido tem a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito. (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28-11-2007, DJ

25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009) (grifos e destaques nossos)

Com isso, restou consolidado no âmbito do Egrégio Superior Tribunal o entendimento de que, nos casos de tributos cujo lançamento é por homologação e não há pagamento, o termo inicial do prazo decadencial é o previsto no inciso I do artigo 173 do CTN, e não no § 4º do artigo 150 do mesmo Código.

O Regimento Interno do CARF, por sua vez, na redação dada recentemente pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, tem os seguintes comandos nos seus artigos 62 e 62-A:

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; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (grifos e destaques nossos)

Verifica-se, assim, que a referida decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. Não havendo pagamento, nos termos da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, aplica-se ao presente caso o disposto no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Feita a explanação conceitual, passemos agora a análise detalhada do caso *in concreto*.

Não se cogita mais da aplicação do art. 45 da Lei 8212/91, em que pese o recurso da PGFN nele se fundamente.

Nem com a aplicação do art. 173, I, o Auto de Infração, cujo contribuinte teve ciência em 23 de outubro de 1998 e o fato gerador da contribuição se deu entre 31 de julho de 1991 e 31 de março de 1992, poderia prosperar, eis que caduco o direito da fazenda de efetuar o lançamento.

Pelo exposto, deve-se acolher os embargos, com efeitos infringentes, para retificar o resultado passando a ser de não conhecimento do recurso interposto pela PGFN, eis que fundamentado em contrariedade à lei. Assim fica restabelecida a decisão recorrida.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Relator