



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10865.001431/98-17
SESSÃO DE : 11 de novembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723
RECURSO Nº : 125.754
EMBARGANTE : ANELISE DAUDT PRIETO
EMBBARGADA : 3ª CÂMARA DO 3º CONSELHO DE CONTRIBUINTES

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Retifica-se o Acórdão nº 303-30.943.


DECADÊNCIA.


No caso concreto não houve antecipação de pagamento para os fatos geradores de FINSOCIAL ocorridos no período indicado na autuação, e o auto de infração para constituir o crédito tributário correspondente foi lavrado e cientificado ao contribuinte quando já se havia escoado por completo o prazo decadencial para o direito-dever do lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração e, por maioria de votos, declarar a decadência do direito de constituir o Crédito Tributário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Anelise Daudt Prieto, relatora. Designado para redigir o voto o Conselheiro Zenaldo Loibman.

Brasília-DF, em 11 de novembro de 2004


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: NILTON LUIZ BARTOLI, SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NANCI GAMA, SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS (Suplente) e MARCIEL EDER COSTA. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional MARIA CECÍLIA BARBOSA.

MA/4

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723
RECORRENTE : FÁBRICA DE PAPELÃO SANTA MARIA S/A.
RECORRIDA : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP
RELATORA *ad hoc* : ANELISE DAUDT PRIETO
RELATOR DESIG : ZENADO LOIBMAN

RELATÓRIO

Trata-se do Acórdão nº 303-30.943, de 11/09/2003, cujo Relator, Francisco Martins Leite Cavalcante, que não compõe mais este Colegiado, não havia formalizado o Acórdão. Por tal motivo, fui designada pelo Ilustre então Presidente desta Câmara João Holanda Costa como Relatora *Ad Hoc*.

Com base em relato feito pelo então Conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante, por unanimidade de votos esta Câmara não tomou conhecimento do recurso voluntário por perempto.

Entretanto, ao redigir o voto constatei, a partir do exame dos autos, que a empresa foi cientificada da decisão *a quo* em 17/09/2001 e que dela recorreu em 17/10/2001. Portanto, estava dentro do prazo recursal de 30 dias previsto pelo Decreto nº 70.235/72.

Assim, com base no artigo 28 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, opus embargos de declaração com pedido de retificação de julgado, por entender que existia contradição entre a decisão e os únicos fundamentos possíveis para o seu embasamento. O Presidente determinou, então, que a Câmara procedesse a novo julgado.

Portanto, passo ao relatório do processo.

A empresa foi atuada por falta de recolhimento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial) relativa aos fatos geradores ocorridos de 31/07/91 a 31/03/92.

Consta do auto de infração que a contribuição seria objeto de ação judicial (Processos 91.714858-5 e 91.702400-2), ambos junto à 5ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, cuja decisão definitiva ainda não havia sido prolatada.

Para evitar a decadência, foi lavrado o auto com a utilização de alíquota de 0,5% (art. 7º da MP nº 1.110, de 30/08/1995 e reedições).



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

Foi esclarecido, também pelo autuante, que a contribuinte efetivara depósitos judiciais a fim de evitar a exação, utilizando-se da alíquota de 2%, fato que ensejou, em que pese alguns dos depósitos terem sido realizados posteriormente ao vencimento, a suficiência dos mesmos (em razão da diferença de alíquota – de 0,5% para 2%).

A exigência envolveu um crédito tributário no montante de R\$ 5.307,52, sendo R\$ 2.240,97 de contribuição e R\$ 3.066,55 de juros de mora calculados até 30/09/1998.

O Auditor afirmou, ainda, que face aos depósitos realizados e à liminar existente, o crédito ficaria com a exigibilidade suspensa, *ex vis* do disposto no artigo 151, incisos II e IV, do CTN, no aguardo de decisão judicial definitiva, e que descaberia o lançamento da multa de ofício conforme previsto no artigo 63 da Lei nº 9.430/96.

Impugnando o feito, a empresa aduziu que estaria suspensa a exigibilidade do crédito em face da decisão judicial que lhe permitiu depositar em juízo o valor sobre o qual entendia ser indevida a contribuição. Além disso, estaria tramitando ação declaratória para o reconhecimento da não obrigatoriedade da contribuição. Ademais, o STF já teria reconhecido a inconstitucionalidade das alíquotas superiores a 0,55, o que faria com que a empresa passasse a credora dos valores depositados. Não se justificaria, então, a lavratura do auto de infração, visto que a parcela equivalente a 0,5% deverá ser transferida à União pelo Poder Judiciário.

Alegou, ainda, que o crédito tributário exigido teria sido alcançado pela decadência, nos termos do CTN, art. 173, "a" e "b".

A Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto considerou o lançamento procedente, em decisão que apresenta a seguinte ementa:

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.

Ementa: DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O prazo para a Fazenda Nacional exigir crédito tributário relativo a contribuições sociais é de 10 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ser lançado, nos termos da Lei nº 8.212, de 1991.



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

O depósito judicial do montante integral do crédito tributário suspende a sua exigibilidade.

Tempestivamente a empresa apresentou recurso voluntário em que trouxe razões já aventadas na impugnação e enfatizou a importância da decisão do STF, que deveria ser aplicada também, já que não poderiam existir tratamentos diferentes para situações iguais.

Esclarece já haver decisão no processo em que é parte no sentido de que seja revertida à União o percentual de 0,5%. Como ela está apenas aguardando publicação, protesta por sua juntada aos autos em fase posterior.

Finaliza solicitando a confirmação da decisão do Poder Judiciário no sentido de que seja convertido à União o percentual de 0,5% do valor depositado.

Verifica-se no processo, a partir de então, polêmica sobre a questão do seguimento do recurso voluntário em face da existência (ou não) de garantia de instância, que está consubstanciada no documento de fl. 106, assinado pelo chefe da Seção de Controle e Acompanhamento Tributário – SACAT, do qual transcrevo excertos:

“O contribuinte tomou ciência do julgamento de primeira instância em 17/09/2001, conforme AR de fl. 46 e apresentou, tempestivamente, em 17/10/2001, recurso voluntário (fl. 47 a 51). No entanto, ao invés de efetuar o depósito recursal de 30%, recolheu, através de DARF de fl. 52, o equivalente a 30% do valor do crédito tributário lançado.

Em resposta à consulta formulada à Divisão de Acompanhamento Tributário/SRRF/8ª RF (fl. 55), houve a orientação no sentido de negar seguimento ao recurso voluntário e considerar o valor recolhido como antecipação do valor devido (fl. 56).

Assim, negou-se seguimento ao recurso voluntário, conforme consta às fl.s 61 e 62.

Inconformado, o contribuinte apresentou o requerimento de fl. 67 a 69, no qual solicita o acolhimento do seu recuso voluntário tempestivamente apresentado.



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

Considerando-se que a ação judicial acima mencionada transitou em julgado em 03/03/2000, conforme documentos de fls. 88 a 104;

Considerando que a Lei nº 10.522/2002 extinguiu a exigência do depósito recursal;

Considerando-se que, por se tratar de regra processual, ela alcança os fatos pendentes de julgamento;

Determino o encaminhamento à ARF/Araras, para conhecimento, atualização do sistema PROFISC e posterior envio ao Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, através da DRJ/Ribeirão Preto.”

É o relatório.

Arp

[Handwritten mark]

RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

VOTO VENCIDO

Como já visto, o recurso voluntário é tempestivo. Trata de matéria de competência deste Colegiado. Quanto à garantia de instância, vale lembrar que a interessada inclusive já havia depositado judicialmente montante suficiente para cobrir o valor da autuação, conforme reconhecido pelo próprio autuante.

Acolho, portanto, os embargos.

Quanto à decadência no que concerne aos lançamentos relativos a fatos geradores ocorridos a partir de 25 de julho de 1991, como no caso do presente processo, vale lembrar o disposto nos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, publicada naquela data:

“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;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

(...)

Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.”

Poderia ser argumentada a existência de antinomia entre essa norma e o estabelecido nos artigos 173 e 174 do CTN:

“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



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
(...)"

Porém, como ensina o brilhante professor de Direito Constitucional Tributário Roque Antonio Carrazza, na última edição de seu clássico livro Curso de Direito Constitucional Tributário¹, nada impede que uma lei ordinária federal fixe prazos prescricionais e decadenciais diversos daqueles do CTN.

Para ser fiel ao seu raciocínio, ao qual me filio, transcrevo-o:

"...Há, pois, um conflito entre a Lei n. 8.212/91 e o Código Tributário Nacional, que só a interpretação sistemática pode afastar.

2. Alguns estudiosos já se debruçaram sobre o assunto e chegaram à conclusão de que, a despeito do que estabelecem os precitados arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, a decadência e a prescrição das contribuições previdenciárias continuam regidas pelos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional.

Assim entendem, por força do seguinte raciocínio:

a) as contribuições previdenciárias são tributos e, nos termos do art. 149 da Constituição Federal, devem observar o disposto no art. 146, III, "b", do mesmo Diploma Magno;

b) estatui o art. 146, III, "b", da Constituição Federal que "cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre (...) prescrição e decadência";

c) ora, a Lei n. 8.212/91 é uma lei ordinária e, por isso, não poderia ter derogado o Código Tributário Nacional (que, se não é lei complementar, faz as vezes de lei complementar); e

d) logo, a decadência e a prescrição das "contribuições previdenciárias" continuam se operando em cinco anos, a teor dos já mencionados arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional.

¹ Carrazza, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 815/817.

RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

Em suma, para estes juristas, os arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 seriam inconstitucionais, já que entrariam em testilhas com o art. 146, III, "b", da Lei Maior.

Com o devido acatamento, este modo de pensar não nos convence.

Vejamos.

3. Concordamos em que as chamadas "contribuições previdenciárias" são tributos, devendo, por isso mesmo, obedecer às "normas gerais em matéria de legislação tributária".

Também não questionamos que as normas gerais em matéria de legislação tributária devem ser veiculadas por meio de lei complementar.

Temos, ainda, por incontroverso que as normas gerais em matéria de legislação tributária devem disciplinar a prescrição e a decadência tributárias.

O que, porém, pomos em dúvida é o alcance destas "normas gerais em matéria de legislação tributária", que, para nós, nem tudo podem fazer, inclusive nestas matérias.

De fato, também a alínea "b" do inciso III do art. 146 da CF não se sobrepõe ao sistema constitucional tributário. Pelo contrário, com ele deve se coadunar, inclusive obedecendo aos princípios *federativo*, da *autonomia municipal* e da *autonomia distrital*.

O que estamos tentando dizer é que a lei complementar, ao regular a prescrição e a decadência tributárias, deverá limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais. Não poderá, por um lado, abolir os institutos em tela (que foram expressamente mencionados na Carta Suprema) nem, por outro, descer a detalhes, atropelando a autonomia das pessoas políticas tributantes. O legislador complementar não recebeu um "cheque em branco" para disciplinar a decadência e a prescrição tributárias.

Melhor esclarecendo, a lei complementar poderá determinar - como de fato determinou (art. 156, V, do CTN) - que a decadência e a prescrição são causas extintivas de obrigações tributárias. Poderá, ainda, estabelecer - como de fato estabeleceu (arts. 173 e 174 do CTN) - o *dies a quo* destes fenômenos jurídicos, não de modo a



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

contrariar o sistema jurídico, mas a prestigiá-lo. Poderá, igualmente, elencar - como de fato elencou (arts. 151 e 174, parágrafo único, do CTN) - as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição tributária.

Neste particular, poderá, aliás, até criar causas novas (não contempladas no Código Civil brasileiro), considerando as peculiaridades do direito material violado. Todos estes exemplos enquadram-se, perfeitamente, no campo das *normas gerais em matéria de legislação tributária*.

Não é dado, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada "economia interna", vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas.

Estas, ao exercitarem suas competências tributárias, devem obedecer, apenas, às diretrizes constitucionais. A criação *in abstracto* de tributos, o modo de apurar o crédito tributário e a forma de se extinguirem obrigações tributárias, inclusive a decadência e a prescrição, estão no campo privativo das pessoas políticas, que lei complementar alguma poderá restringir, nem, muito menos, anular.

Eis por que, segundo pensamos, a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais depende de lei da própria entidade tributante. Não de lei complementar.

Nesse sentido, os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, enquanto fixam prazos decadenciais e prescricionais, tratam de matéria reservada à lei ordinária de cada pessoa política.

Portanto, nada impede que uma lei ordinária federal fixe novos prazos prescricionais e decadenciais para um tipo de tributo federal. No caso, para as "contribuições previdenciárias".

Falando de modo mais exato, entendemos que os prazos de decadência e de prescrição das contribuições previdenciárias" são, agora, de 10 (dez) anos, a teor, respectivamente, dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, que, segundo procuramos demonstrar, passam pelo teste da constitucionalidade." (grifei)

Friso ainda que o entendimento exposto aplica-se também ao caso da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, haja vista que o artigo 10 da referida Lei 8.212/91 dispõe que a seguridade social (a que se refere os artigos 45 e



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

46 supra citados) será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e daquela lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais. E no artigo 11 aquela norma estabelece, em consonância com a Carta Magna, que no âmbito federal o orçamento da Seguridade Social é composto inclusive das receitas das contribuições sociais, inclusive aquelas incidentes sobre o faturamento ou o lucro, caso do Finsocial.

Além disso, considerando que a fixação dos prazos decadenciais depende de lei própria da entidade tributante e não de lei complementar, lembro que a inferência da aplicabilidade dos referidos artigos daquela lei, em se tratando de contribuições sociais, vale mesmo nos casos em que tenha havido algum recolhimento do tributo e aos quais, portanto, este Colegiado costuma entender, no caso dos impostos com lançamento por homologação, que deve ser aplicado o disposto no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN.

Adicione-se a tanto que a conclusão de que se aplica às contribuições destinadas à Seguridade Social o previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91, que prevalece sobre a regra contida no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN, foi, inclusive, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em voto da lavra do Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, emanado por meio do recentíssimo Acórdão CSRF/02.01.665, de 10/05/2004, cuja ementa é a seguinte:

“COFINS. DECADÊNCIA. O prazo para a Fazenda Nacional lançar o crédito tributário pertinente à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins é de dez anos, contado a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o crédito da contribuição poderia haver sido constituído. Recurso provido.”

Também recente a unânime decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto do Ministro Castro Meira no RESP 475.559 - SC, proferido em 16/10/2003, cuja ementa transcrevo a seguir:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TRIBUTU SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CF/88 E LEI Nº 8.212/91.

1. A Constituição Federal de 1988 tornou indiscutível a natureza tributária das contribuições para a seguridade. A prescrição e decadência passaram a ser regidas pelo CTN cinco anos e, **após o advento da Lei nº 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal.**

2. *In casu*, o débito relativo a parcelas não recolhidas pelo contribuinte referentes aos anos de 1989, 1990 e 1991, sendo a

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723



notificação fiscal datada de 07.04.97, acha-se atingido pela **decadência, salvo quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de 25 de julho de 1991, quando entrou em vigor o prazo decenal para a constituição do crédito previdenciário, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.**

3. Recurso Especial parcialmente provido. (grifei)”

Naquele voto, o Ministro informa que o acórdão recorrido reconheceu a decadência do crédito previdenciário em relação ao período de 07/89 a 12/91, por entender inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, que versaria sobre tema que, a seu entender, não poderia ser veiculado em lei ordinária. Porém, aquela Corte vem “aplicando a norma vesgada, que ainda não teve a sua constitucionalidade questionada em seu âmbito.” Observa também que a determinação do prazo de prescrição não é matéria reservada à lei complementar, tanto que foi veiculada no parágrafo 9º do artigo 2º da Lei nº 3.807/60, que restaurou o prazo de 30 anos previsto em norma anterior.

Ao final, informando que seu entendimento ficou pacificado no âmbito da Primeira Seção daquela Corte, transcreve a ementa do seguinte julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESCRIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. O prazo prescricional das contribuições previdenciárias sofreu oscilações ao longo do tempo: a) até a EC 08/77 – prazo quinquenal (CTN); b) após a EC 08/77 – prazo de trinta anos (Lei 6.830/60) e; c) após a Lei 8.212/91, prazo de dez anos.

2. Se o contribuinte é pessoa jurídica de direito público, o prazo prescricional, em seu favor, em qualquer época, é quinquenal, por força do Decreto 20.910/32 – Súmula 07 do extinto TFR.

3. Embargos de divergência não conhecidos. (ERESP 192.507/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJU de 10/03/03).”

Aliás, vale lembrar, em adição ao frisado no voto do RESP nº 475.559 – SC, que também não existe decisão no âmbito do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91. Por isso, é defeso à Administração Pública, mormente aos Conselhos de Contribuintes, negar vigência a tais normas. Com efeito, basta lembrar o disposto no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, em seu artigo 22-A, que veda afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Por todo o exposto, entendo que com o advento da Lei nº 8112/91 o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo ao Finsocial



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

passou a extinguir-se somente com o decurso do prazo de dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Considerando que o lançamento em pauta refere-se a fatos geradores cujos elementos temporais estão situados no período de 31/07/91 a 31/03/92, posteriores a 25/07/91, e que o lançamento ocorreu em 23/10/98, rejeito a arguição de decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Por outro lado, entendo que a matéria relativa ao Finsocial não pode ser conhecida por este Colegiado. Com efeito, a empresa recorreu ao Poder Judiciário e, portanto, não deve haver manifestação da instância administrativa, posto que a decisão do Poder Judiciário é soberana, prevalecendo sobre qualquer outra.

O artigo 38 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980 dispõe que:

“Art. 38 – A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória de ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”

Da aplicação de tal dispositivo ao caso em tela resulta a conclusão de que ocorreu a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa.

Corroborando, o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes estabeleceu, no artigo 16, § 2º, que o pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção, sem ressalva, do débito, por qualquer de suas modalidades, **ou a propositura pelo Contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.**

Além disso, o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96 também dispõe que em caso de propositura de ação judicial não se conhece de petição do contribuinte:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente á



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto ;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CNT;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267, do CPC).

Não teria sentido este Colegiado proferir decisão administrativa a respeito de matéria já sob a tutela do Poder Judiciário, que é soberano nas decisões sobre lides a ele submetidas.

Por isso, voto por não tomar conhecimento do recurso no que diz respeito à alíquota a ser aplicada, devendo a autoridade que irá executar a decisão judicial cumprir exatamente aquilo que nela estiver determinado.

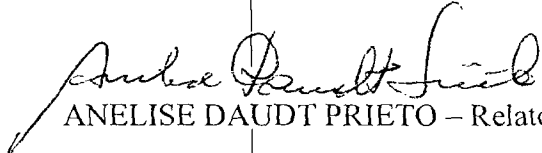
Quanto aos juros de mora, entendo-os descabidos, já que, como esclarecido pelo próprio autuante, a contribuinte efetivou depósitos judiciais a fim de evitar a exação, utilizando-se da alíquota de 2%, fato que ensejou, em que pese alguns dos depósitos terem sido realizados posteriormente ao vencimento, a suficiência dos mesmos (em razão da diferença de alíquota – de 0,5% para 2%). Como bem esclarece Hugo de Brito Machado, “os juros, embora denominados juros *de mora*, também não constituem sanção. Eles remuneram o capital que, pertencendo ao fisco, estava em mãos do contribuinte”. (In Mandado de Segurança em Matéria Tributária. 2.^a ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995, p. 164) Ora, se o capital não estava em poder do contribuinte, não há como dele cobrar a respectiva remuneração.



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

À vista do exposto, voto por acolher os embargos de declaração e retificar a decisão recorrida para: “rejeitar a preliminar de decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, não conhecer do recurso no que concerne à alíquota do Finsocial e dar provimento quanto aos juros de mora.”

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004


ANELISE DAUDT PRIETO – Relatora



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

VOTO VENCEDOR

A solução da presente lide se resume, neste caso, ao exame da decadência.

De fato é majoritária a doutrina que consagra que a partir da CF/88, de acordo com o disposto no art. 146, III, b, as normas gerais a respeito de decadência ficaram sob a reserva de lei complementar.

A Lei 5.172/66 (CTN) é lei ordinária que foi recepcionada pela Carta Magna com o status de lei complementar, o que vale dizer que qualquer alteração normativa quanto ao disposto no CTN exige a edição de lei complementar.

Portanto a questão posta de conflito normativo entre a Lei 8.212/91 e o CTN, ou entre o Decreto-lei 2.049/83 e o CTN não se resolve evidentemente pela regra hermenêutica da *lex specialis derogat generali*, mas sim pelo critério da competência legal formal definido na CF.

O CTN é lei de normas gerais e a disciplina que apresenta para a matéria decadência está regada exclusivamente nos artigos 150, § 4º e 173.

O prazo do art. 150, § 4º refere-se aos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

A discussão doutrinária em torno da figura do “autolancamento” é por demais conhecida, permitimo-nos rapidamente relembrar tão-somente a crítica contundente de Paulo de Barros Carvalho que denuncia no CTN a equiparação de lançamento a homologação de pagamento, quando se sabe que lançamento é como diria Sacha Calmon Navarro, ato pleno de conteúdo, já a homologação é mera concordância relativa a ato de terceiro (o contribuinte) de natureza satisfativa, isto é, ao pagamento.

De forma que rigorosamente quando se dá o caso em que o contribuinte antecipa o pagamento relativo a certa obrigação tributária, sujeito a homologação pelo fisco, lançamento não houve. Se a partir do pagamento transcorrerem cinco anos, opera-se a chamada homologação tácita e preclui para a Fazenda a possibilidade de lançamento tributário.

O § 4º dispõe: “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se

RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Aqueles que defendem haver um prazo decadencial de dez anos pretendem extrair do referido dispositivo legal pelo menos duas conclusões: a primeira de que a lei ordinária pode fixar prazo à homologação e ao fazê-lo nada impede que determine prazo superior a cinco anos; a segunda de que nos casos de dolo, fraude ou simulação não há prazo, ou seja seria eterna a possibilidade de lançamento nesses casos (a segunda conclusão se depreende da freqüente alusão ao art. 45 da Lei 8.212/91).

As conclusões apressadas devem ser rechaçadas, o raciocínio que nos conduz à solução do conflito normativo explicitado combina a competência constitucional endereçada à lei complementar com a constatação da verdadeira ojeriza, repugnância que tem o ordenamento jurídico pelos prazos eternos.

Diz sobre o assunto Sacha Calmon *“direitos patrimoniais e potestades administrativas vinculadas não podem subsistir eternamente. É contra a índole do Direito, que não socorre aos que dormem.”*

A decadência nos limites traçados pelo §4º do art.150 está adstrita aos cinco anos contados do fato gerador da obrigação e do crédito; o que ali se expressa é que se não houver lei federal, estadual ou municipal prevendo prazo **menor** para a efetivação da homologação, o poder da Fazenda de fazê-lo precluirá no prazo de cinco anos conforme definido, o que equivale a dizer que no decorrer daquele prazo estão assegurados ao Fisco a homologação do pagamento antecipado ou o lançamento de ofício quando com o *quantum* recolhido não concorde. Escoados os cinco anos dá-se a homologação tácita e configura-se a decadência do direito de lançar.

Se não houve a antecipação de pagamento, ou se foi insuficiente, ou ainda se o Fisco verificou a ocorrência de dolo por parte do contribuinte com o objetivo de fraudar o erário ou simular pagamentos dá-se então a hipótese prevista e regrada no art. 173, aí se define o prazo decadencial para os lançamentos *ex officio*, que é de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso concreto não houve antecipação de pagamento para os fatos geradores de FINSOCIAL destacados nos autos, e o auto de infração para constituir o crédito tributário correspondente somente foi cientificado ao contribuinte quando já se havia escoado por completo o prazo decadencial para o direito-dever do lançamento.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA



RECURSO Nº : 125.754
ACÓRDÃO Nº : 303-31.723

Por todo o exposto voto por **dar provimento** ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004.

A handwritten signature in black ink, which appears to be "Zenaldo Loibman".

ZENALDO LOIBMAN – Relator Designado