



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

Processo nº 10880.034770/97-66
Recurso nº 238.446 Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-01.540 – 3ª Turma
Sessão de 05 de julho de 2011
Matéria DECADÊNCIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ROLAMENTOS PAULISTA RPL LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/1992 a 30/11/1992

CPMF. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO RICARF. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DE RECURSO REPETITIVO PELO STJ.

Nos termos do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, 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.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, entendeu que 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 termos do inciso I do artigo 173 do CTN, e não de acordo com o § 4º do artigo 150, 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.

Recurso Especial do Contribuinte Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Maria Teresa Martínez López - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rodrigo Cardozo Miranda, Júlio César Alves Ramos, Marcos Tranchesi Ortiz, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela contribuinte em face do acórdão nº 204-03049, proferido pela antiga Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes que, pelo voto de qualidade, negou provimento ao recurso voluntário quanto ao prazo de decadência.

A ementa dessa decisão, na parte objeto de recurso possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade

Social- Cofins .

Período de apuração: 01/04/1992 a 30/11/1992

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. MATÉRIA NÃO ARGÜIDA

EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRECLUSÃO.

Somente podem ser conhecidas em segundo grau matérias prequestionadas na instância a quo. Não opostas quando da impugnação apresentada preclui o direito de o fazer em grau de recurso. Recurso de que não se conhece quanto à matéria preclusa.

COFINS, DECADÊNCIA.

É de dez anos o prazo de que dispõe a Seguridade Social para constituir os seus créditos, nos termos do art. 45 da lei nº 8.212/91, dispositivo que se aplica às contribuições ao PIS e à Cofins consoante determinação já expressa do Decreto nº 4.524/2002.

COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO ALEGADA MAS NÃO COMPROVADA.

Os procedimentos de compensação praticados antes da instituição da Declaração de Compensação de que cuida a Lei nº 10.637/2002 devem ser efetivamente demonstrados, mediante

os lançamentos contábeis próprios, e regulamente declarados à SRF por meio da DCTF entregue a partir de 1º de janeiro de 1997. A mera existência de direito creditório não basta a que se considere efetuada a compensação.

Recurso Voluntário Negado

A recorrente se insurge contra a forma de contagem do prazo decadencial aplicado pelo julgado. Defende que o prazo decadencial dos créditos tributários lançados por homologação é de cinco anos contado do fato gerador, segundo o disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Por meio do Despacho nº 3400-1103, sob o entendimento de terem sido observados os requisitos legais, deu-se seguimento ao recurso no que pertine à decadência.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martínez López, Relatora

O recurso especial apresentado pela contribuinte atende aos requisitos legais e dele tomo conhecimento.

A controvérsia suscitada cinge-se portanto à questão da rega aplicável para contagem da decadência da COFINS .

A decisão recorrida aplicou o art. 45 da Lei nº 8.212/91. A contribuinte (recorrente) pede a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN.

Consta do relatório elaborado pela decisão recorrida que:

Em exame, recurso da contribuinte contra decisão que julgou inteiramente procedente autuação de Cofins contra ele lavrada por falta de recolhimento. A autuação lhe foi cientificada em 01/12/1997 e engloba períodos de apuração mensais compreendidos entre abril e novembro de 1992.

Foi defendida, em primeiro grau, tão-somente sob o argumento de compensação com créditos de Finsocial já reconhecidos por sentença na Ação Judicial no 94.0000749-3 e que se encontra em fase de julgamento de recursos de apelação:

O lançamento foi mantido, basicamente sob o argumento de que a empresa não fez a prova do efetivo direito à compensação e de que a realizou efetivamente. Isto porque a ação foi movida apenas em 1994 e a sentença foi preferida em 1996. Asseverou o voto condutor que a sentença deferida, embora reconheça o direito à compensação, apenas autoriza seja ela feita com débitos vincendos de Cofins. Quanto à convalidação de que cuida a IN nº 32/97, requer que a empresa tenha já efetuado a

compensação no momento de sua edição, o que a autuada não demonstrou.

Dessa decisão recorre, aduzindo, preliminarmente, a decadência dos créditos constituídos mais de cinco anos após os fatos geradores - matéria não ventilada na impugnação e repete os demais argumentos da peça inaugural de defesa: reconhecimento do direito de compensação pela própria SRF por meio da IN nº 32/97, respaldado por doutrina e jurisprudência uníssonas. Insurge-se, ao fim, contra a aplicação da taxa selic como juros de mora sob o já conhecido argumento quanto a sua natureza remuneratória. Essa matéria também não fora argüida em sua impugnação. Como comprovação da efetividade da compensação e do seu montante creditório juntou planilha de sua própria elaboração.

A autuação lhe foi cientificada em 01/12/1997 e engloba períodos de apuração mensais compreendidos entre abril e novembro de 1992.

A controvérsia suscitada cinge-se portanto à questão da regra aplicável para contagem da decadência da COFINS. A decisão aplicou o art. 45 da Lei nº 8.212/91. A contribuinte pede a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN.

A Fiscalização realizou lançamento de ofício relativo a créditos tributários, cujos fatos geradores ocorreram no período de **04/1992 a 11/1992**. A notificação do lançamento ocorreu em **01/12/1997**. Além disso, extrai-se dos autos (fl. 04) que o lançamento decorreu da ausência de pagamento antecipado do tributo devido pelo contribuinte.

O Supremo Tribunal Federal editou a Sumula Vinculante nº 8¹ reconhecendo a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, bem como do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977¹. Assim, restou pacificada a questão da aplicabilidade do CTN quanto ao prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir os créditos tributários decorrentes das contribuições sociais.

Desta forma, independentemente das disposições do art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, a decadência de todas as contribuições sociais deve ser apreciada com fulcro nas regras estatuídas pela Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional – CTN.

Resta apreciar se a contagem se verificará pela regra do art. 150, § 4º ou 173 do CTN. Ressalvo o meu entendimento pessoal de que 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 a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo irrelevante a antecipação do pagamento.

A modalidade de "lançamento por homologação", é aquele cuja legislação atribui ao sujeito passivo a obrigação de, ocorrido o fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa.

Nos tributos lançados por homologação – hoje quase todos o são -, o procedimento é substancialmente igual, sendo que em vez de notificação expressa na grande

¹ “São inconstitucionais o 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.”

maioria dos casos ocorre a homologação ficta, na forma do previsto no § 4º do art. 150 do CTN. Veja-se que, se a autoridade administrativa quando faz homologações de um valor zero, ou uma restituição, no caso de imposto de renda, evidente que não está homologando “pagamento”. A redação do *caput* do art. 150 do CTN emprega o termo pagamento para informar o dever de sua antecipação (“... *tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento* ...”), não para dizer de sua homologação. Esta refere-se à atividade (ou procedimento) do sujeito passivo (“... a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

Ocorrido o fato gerador, já nasce para o sujeito passivo a obrigação de apurar e liquidar o tributo, sem qualquer participação do sujeito ativo que, de outra parte, já tem o direito de investigar a regularidade dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo a cada fato gerador, independente de qualquer informação ser-lhe prestada. É o que está expresso no parágrafo 4º, do artigo 150, do CTN, in verbis:

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

Defendi, por anos, neste órgão administrativo que a regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento e, tendo a maioria dos tributos, cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, amoldando-se à sistemática de lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral estatuída no art. 173 do CTN, para encontrar respaldo no §4º do art. 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador.

Posição atual do STJ:

Não é como pensa o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que 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 imponible, 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 imponíveis 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).

Ainda, sob o rito dos recursos repetitivos, veja-se mais uma decisão do STJ, assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando incorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1120220/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010)

Com isso, restou consolidado no âmbito do Egrégio Superior Tribunal o entendimento de que, nos casos de tributos cujo lançamento é por homologação, INEXISTINDO 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.

No presente caso, ainda que afastada a aplicabilidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que o auto de infração abrangeu os fatos geradores no período de **04/1992 a 11/1992**, com ausência de pagamento antecipado, e considerando que a notificação de lançamento se verificou em 01/12/1997, nenhum período encontra-se decaído pelas regras do art. 173, do CTN.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto NEGÓ provimento ao recurso apresentado pela contribuinte.

Maria Teresa Martínez López