



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

Processo nº 10882.001687/2004-16
Recurso nº 256.357 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.743 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2010
Matéria DECADÊNCIA PARCIAL. BASE DE CÁLCULO. VENDA DE IMÓVEIS.
Recorrente AL 2 INCORPORADORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/08/2003

MATÉRIA AUSENTE DA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO.

É inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância *a quo*, exceto quando deva ser reconhecida de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/08/2003

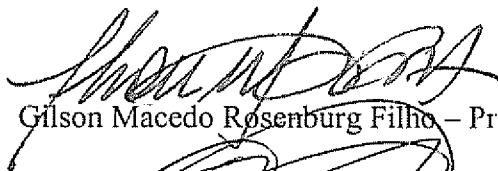
DECADÊNCIA. CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR. SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 8/2008.

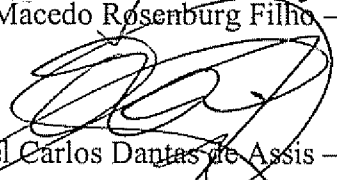
Editada a Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo para a Fazenda proceder ao lançamento do PIS e da Cofins é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos dos art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo irrelevante a antecipação do pagamento.

Recurso provido em parte..

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto a matéria referente à alegação de não incidência da exação nas vendas de imóveis pela ocorrência da preclusão. Na parte conhecida, por unanimidade de votos, em dar provimento para declarar a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos períodos de apuração anteriores a 08/1999. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho e Gilson Macedo Rosenburg Filho.


Gilson Macedo Rosenberg Filho – Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis – Relator

EDITADO EM 26/07/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da primeira instância que manteve auto de infração da Cofins, com ciência em 16/08/2004.

A Recorrente, tempestivamente (fl. 366), alega inicialmente a decadência dos períodos de apuração até junho de 1999, por interpretar que o prazo decadencial é de cinco anos, contados de cada fato gerador. O acórdão recorrido, diferentemente, considerou que referido prazo seria de dez anos, à luz do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

No mais, a peça recursal introduz matéria não constante da Impugnação, ao argüir a não incidência da Cofins sobre receitas auferidas com a venda de imóveis, enquanto por outro lado deixa de repetir aqui argüição relativa a compensação, que consta da peça dirigida à DRJ.

É o relatório, breve mas suficiente ao julgamento do litígio.

Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso é tempestivo. Todavia, apresenta-se precluso, no que alega, apenas nesta segunda instância, a não incidência da Cofins sobre receitas auferidas com a venda de imóveis. Por isto deve conhecido apenas no tocante à decadência, material na qual assiste razão à Recorrente.

Por não ter sido abordada na Impugnação a argüição de que a Contribuição não incidiria sobre venda de imóveis, resta impossibilitada o seu conhecimento nesta fase de recurso, em face da preclusão.

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:¹

¹ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal (para alguns, seria a consumativa), consistente na perda da oportunidade que o contribuinte teve para tratar, na impugnação, das questões atinentes à duplicidade de cobrança e impossibilidade de emprego da taxa Selic.

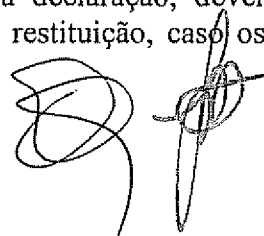
Quanto à decadência, deve ser analisada com aplicação da Súmula vinculante do STF nº 8/2008, segundo a qual é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91. Assim, resolvida a polêmica pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial para a Fazenda proceder ao lançamento da Cofins e do PIS há de ser regulado pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, sendo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Considero que o termo inicial ou *dies a quo* do prazo decadencial é contado sempre da ocorrência do fato gerador, tenha havido ou não a antecipação de pagamento exigida referida no art. 150 do CTN.

Destaco a irrelevância de pagamentos antecipados, para mim, por conhecer divergência antiga deste Colegiado, no qual alguns conselheiros interpretam haver necessidade do pagamento antecipado, sob pena de deslocamento do termo inicial da decadência para o primeiro dia do exercício seguinte (em vez de do fato gerador, como considero).

Neste ponto importa investigar a respeito **do que se homologa – se o pagamento antecipado, ou toda a atividade** do sujeito passivo. Ressaltando-se que há inúmeras opiniões em contrário, segundo as quais não há lançamento por homologação se não houver pagamento antecipado, filio-me à corrente minoritária a qual pertence José Souto Maior Borges, que entende haver homologação **da atividade do contribuinte**, consistente na identificação do fato gerador e apuração do imposto, que deve ser antecipado somente se devido.

Lembro, por oportuno, o lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Física, em que o contribuinte, após computar os valores retidos pela fonte pagadora, calcula o imposto anual podendo chegar a três resultados diferentes: valor devido, zero ou imposto a restituir. Após o cálculo, o sujeito passivo preenche e entrega a declaração, devendo antecipar o pagamento se apurou valor a pagar, ou então aguardar a restituição, caso os valores retidos tenham sido maiores que o imposto devido anualmente.



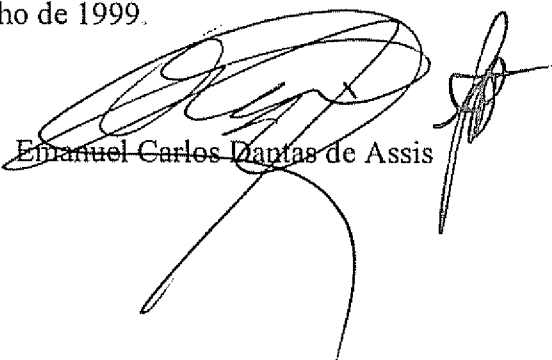
A Secretaria da Receita Federal, após processar a declaração, emite uma notificação, através da qual o auditor fiscal homologa expressamente **todo o procedimento do contribuinte**, já que confirma o imposto a restituir ou o valor zero, ou ainda, caso tenha apurado valor diferente, procede ao lançamento desta diferença. Quando a autoridade administrativa confirma o valor declarado pelo sujeito passivo, é expedida uma notificação ao sujeito passivo e tem-se o **lançamento por homologação**; quando o valor apurado pela autoridade é maior, ao invés de uma notificação lavra-se um auto de infração, procedendo-se ao **lançamento de ofício**.

Nos outros tributos lançados por homologação – hoje quase todos o são –, o procedimento não é substancialmente diferente, sendo que em vez de notificação expressa na grande maioria dos casos ocorre a homologação ficta, na forma do previsto no § 4º do art. 150 do CTN.

Ora, se a autoridade administrativa **homologa um valor zero, ou uma restituição**, 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**.”

Conforme os fundamentos acima, e porque a ciência do Auto de Infração se deu em 16/08/2004, estão decaídos os fatos geradores anteriores a agosto de 1999, que na situação dos autos atinge os meses de julho de 1998 a junho de 1999, tal como requerido pela Recorrente, porque que em julho de 1999 não consta valor lançado de ofício.

Pelo exposto não conheço em parte do Recurso, por precluso, e na parte conhecida dou provimento parcial para, em face da decadência, cancelar os períodos de apuração até junho de 1999.



Emanuel Carlos Dantas de Assis