



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

Processo nº 10945.012557/2004-19
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-004.262 – 1ª Turma
Sessão de 9 de julho de 2019
Matéria Decadência
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado IGUAÇU DIESEL VEÍCULOS S. A. IDISA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

RECURSO ESPECIAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRARRAZÕES COMO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTRAPOSIÇÃO DE ARGUMENTOS TRAZIDOS NO RECURSO ESPECIAL DA OUTRA PARTE. SUBSTÂNCIA DA PEÇA PROCESSUAL. Pode-se aplicar o princípio da fungibilidade recursal desde que reste demonstrado que a designação formal da peça processual não corresponda à sua substância. No caso, peça no qual a parte se insurge e se contrapõe a argumentos trazidos no recurso especial da outra parte, evidencia a natureza de contrarrazões, ainda que em tal documento tenha sido colacionado jurisprudência que poderia ter sido útil na interposição de eventual recurso especial.

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência aponta ausência de pagamento em período no qual foram efetuados depósitos judiciais, diversamente da circunstância destacada pela recorrente para justificar o dissídio, qual seja, a ausência de pagamento em relação às receitas omitidas.

DECADÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA NO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. OBSERVÂNCIA. OBRIGATORIEDADE. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. APLICAÇÃO DO ART. 150 DO CTN. NECESSIDADE DE CONDUTA A SER HOMOLOGADA. O fato de o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação não é suficiente para, em caso de ausência de dolo, fraude ou simulação, tomar-se o encerramento do período de apuração como termo inicial da contagem do prazo decadencial. CONDUTA A SER HOMOLOGADA. Na hipótese de informação em DIPJ

de apuração de débitos a pagar nos períodos autuados, sem que tais informações tenham sido contrastadas pela autoridade fiscal ou submetidas a lançamento ofício porque não confirmado seu pagamento ou informação em DIPJ, há evidências suficientes de pagamento antecipado a autorizar a aplicação da regra decadencial expressa no art. 150, §4º do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de conversão do julgamento em diligência, no sentido de que o processo seja encaminhado à Presidência de Câmara competente para exame de admissibilidade das alegações que, veiculadas nas contrarrazões, são convertidas em recurso especial, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Demetrius Nichele Macei e Livia De Carli Germano, que acolheram a preliminar. Acordam, ainda, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidas as conselheiras Cristiane Silva Costa, Viviane Vidal Wagner e Adriana Gomes Rêgo, que conheceram do recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES RÊGO - Presidente.

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

(assinado digitalmente)

ANDRÉ MENDES DE MOURA - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada), Livia De Carli Germano e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN", e-fls. 486/498) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1802-00.207 (e-fls. 475/485), na sessão de 01 de outubro de 2009, no qual o Colegiado, por unanimidade de votos, acolheu *a decadência em relação ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS*, e, por voto de qualidade, deu *provimento parcial ao recurso para reduzir o percentual da multa isolada para 50%*.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Os tributos sujeitos ao lançamento por homologação submetem-se à contagem do prazo decadencial previsto no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN. Esse critério é aplicável tanto aos impostos como às contribuições de financiamento da seguridade social, conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS - LIMITAÇÃO AO VALOR DO TRIBUTO APURADO EM 31 DE DEZEMBRO

Não há entre as estimativas e o tributo devido no final do ano uma relação de meio e fim, ou de parte e todo (porque a estimativa é devida mesmo que não haja tributo devido), e, sendo assim, a obrigatoriedade de seu recolhimento não fica afastada pela apuração de prejuízo e nem limitada ao imposto devido no final do ano. Pelo contrário, tal obrigatoriedade subsiste integralmente, e a sua não observância enseja a aplicação da penalidade prevista no art. 44, § 1º, IV, da Lei 9.430/96.

RETROATIVIDADE BENIGNA

Em razão das alterações introduzidas pela Lei nº 11.488/2007, o percentual da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais deve ser reduzido para 50%.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro e o faturamento apurados no ano-calendário 1998 a partir da constatação de omissão de receita presumida diante de saldo credor de caixa e de depósitos bancários de origem não comprovados, acompanhados de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa no percentual de 75%. A autoridade julgadora de 1ª instância reduziu a omissão de receitas presumida a partir de saldo credor de caixa, exonerando os tributos correspondentes, bem como recalculou a multa isolada por falta de recolhimento de estimativa ao percentual de 50% em

razão da retroatividade benigna decorrente da alteração promovida no art. 44 da Lei nº 9.430/96 pela Medida Provisória nº 351/2007, sendo que esta exoneração não se sujeitou a reexame necessário (e-fls. 396/422). O Colegiado *a quo*, por sua vez, afirmando aplicável o art. 150, §4º do CTN, declarou decaídas as exigências pertinentes ao ano-calendário 1998, em face da lavratura do lançamento em 14/09/2004, excluída a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, submetida ao regime do art. 173 do CTN. O Conselheiro Relator restou vencido em seu entendimento de limitar a multa isolada no percentual de 50% ao valor do IRPJ devido em 31/12/1998 (e-fls. 475/483).

Os autos do processo foram recebidos na PGFN em 19/11/2009 (e-fl. 488), mas há registro de sua ciência em 20/11/2009 no termo anexo à decisão, mesma data de remessa dos autos ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 490/497, no qual a Fazenda aponta divergência em razão de no Acórdão CSRF/02-02.288, no qual também foi analisado tributo sujeito a lançamento por homologação, ter sido firmado o entendimento de que, *na falta de pagamento do tributo, se está diante de lançamento de ofício, aplicando-se a regra do artigo 173, I do CTN*. Observa que em ambos os casos *houve ausência de recolhimento de tributo por omissão de receita* e expõe seus fundamentos, destacando o amparo da tese em decisões do Superior Tribunal de Justiça e na doutrina que cita, bem como transcrevendo o Parecer PGFN/CAT nº 1617/2008. Pede, assim, que o recurso especial seja conhecido e provido *para afastar a decadência do lançamento, uma vez que o mesmo foi efetuado dentro do prazo legalmente fixado (art. 173, I, do CTN)*.

O recurso especial da PGFN foi admitido pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 499/500, do qual se extrai:

A Procuradoria da Fazenda alega divergência quanto à contagem do prazo de decadência para a constituição de créditos tributários sujeitos a homologação, apresentando como paradigma o Acórdão CSRF/02-02.288:

PIS. DECADÊNCIA.

Por ter natureza tributária, na hipótese de ausência de pagamento antecipado, aplica-se ao PIS a regra de decadência prevista no art. 173, I, do CIN.

Recurso especial negado.

Confrontando os acórdãos, constato que aquele indicado como paradigma realmente diverge do ora recorrido, uma vez que, não havendo apuração do tributo devido e nem antecipação de pagamentos, adotou para a contagem da decadência, a regra estabelecida no art. 173, I, do CTN, ao passo que o acórdão recorrido, diante dessa mesma circunstância, contou a decadência pela regra do §4º do art. 150 do mesmo código.

Registre-se que o acórdão paradigma foi proferido por colegiado distinto.

Assim, preenchidos os requisitos de admissibilidade, no uso da competência estabelecida pelo art. 68, §1º, do RICARF, DOU SEGUIMENTO ao recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Cientificada em 22/12/2009 (e-fls. 501/502), a contribuinte apresentou contrarrazões em 29/12/2009 (e-fls. 504/546) na qual expõe, inicialmente, que:

O Egrégio Conselho de Contribuintes acertadamente e bem analisando os fatos e direito julgou procedente o Recurso Voluntário do contribuinte, acolhendo a Decadência do suposto crédito tributário.

Em que pese estar claro a ocorrência da decadência, seja com a aplicação do art. 150 do CTN, ou pela aplicação do art. 173 do CTN, cabe ressaltar que em caso de mudança de entendimento, o que realmente não se espera e se admite somente por argumento, há necessidade de se avaliar toda a matéria de mérito aduzida pelo contribuinte, face ao princípio devolutivo, seja por este Egrégio Colegiado ou por remessa a instância "a quo".

Mas certamente analisar os outros pontos de mérito abordados pelo contribuinte não será necessário, pois a decadência do eventual crédito tributário é latente conforme já demonstrado ao Egrégio Conselho de Contribuintes, que acertadamente reconheceu a ocorrência do instituto o que certamente será ratificado por este Eminentíssimo Colegiado.

Discorda da aplicação do art. 173 do CTN, por se tratar, no caso, de lançamento de ofício, onde a fiscalização não concorda com procedimentos contábeis do contribuinte, sendo que os débitos referentes foram declarados e pagos, porém não de acordo com o entendimento fiscal. Em tais circunstâncias, onde há débito declarado e pago, o art. 150 do CTN é de aplicação imperativa, pois uma vez não concordando com o "auto-lançamento" do contribuinte a fiscalização tem 5 anos do fato gerador para lançar de ofício, não o fazendo está homologado (decaído) o direito de o fazê-lo. E arremata:

Assim, houve pagamento parcial, ou seja, o valor declarado foi pago, sendo que o valor não pago é o valor do auto de infração lavrado posteriormente, por entender que o valor declarado e pago estava incorreto. Portanto, considerando que não houve dolo, fraude, conforme ampla jurisprudência administrativa já colacionada, é imperativo afirmar pela aplicação do art. 150 do CTN. E se assim não se entender, ou seja, se o tributo fosse declarado e não pago, estaríamos diante da aplicação do instituto da prescrição, pois uma vez declarado o tributo e não pago, já há elementos suficientes para inscrição em dívida ativa e cobrança do mesmo, sendo marco inicial para prescrição.

Esclarece, ainda, que o lançamento foi lavrado sem qualificação da penalidade, dado o entendimento do agente fiscal de que não existia fraude ou dolo e até por ausência de prova concreta neste sentido, mas a autoridade julgadora de 1ª instância afastou a aplicação do art. 150, §4º do CTN por entendê-los caracterizados, muito embora a infração imputada decorra de presunção relativa de omissão de receitas. Reporta-se a jurisprudência e à Sumula CARF nº 14, contrárias à qualificação da penalidade em tais circunstâncias, e à consequente aplicação do art. 150, §4º do CTN para determinação do prazo decadencial. Cita doutrina e aborda outros aspectos das infrações que lhe foram imputadas para firmar que *em caso de multa de ofício (75%), ou seja, sem a comprovação concreta de dolo, é aplicável o §*

4º do artigo 150 CTN e portanto decaído está o direito da fazenda constituir o eventual crédito tributário.

Cita outros excertos doutrinários e julgados do CARF, destacando que, mesmo com a aplicação do art. 173, I do CTN, a decadência se operaria porque, *sendo a competência referente ao exercício de 1998, o primeiro dia útil do exercício seguinte é 01.01.1999 e a partir desta data, contando-se cinco anos teríamos 01.01.2004, ao passo que a fiscalização iniciou-se em 12/03/04.* Neste sentido também seria manifestação do Superior Tribunal de Justiça transcrita em sua petição.

Reporta-se, ainda, a decisão do Supremo Tribunal Federal contrária à utilização de *fragmentos e trechos isolados* da acusação *para aplicação e interpretação de normas*, à semelhança de como teria procedido à autoridade julgadora de 1ª instância, conduta que reputa contraditória, vez que *ao mesmo tempo que caracteriza o dolo em seu acórdão, não procede a anulação do auto de infração, uma vez que ele apresenta vício formal insanável de divergência entre norma legal aplicada e fato narrado na autuação.*

Subsidiariamente discorre sobre o mérito da exigência, questionando as omissões de receita presumidas a partir de suprimento de caixa e de depósitos bancários de origem não comprovada, e também discordando da *aplicação cumulativa de multa isolada pela falta de recolhimento do IRPJ e CSSL com base em estimativa e multa de ofício*, citando julgados deste Conselho em favor de seu entendimento, e finalizando com o seguinte pedido:

Diante de todo exposto, vem pedir a este Egrégio órgão julgador que receba o presente CONTRA RAZOES, eis que tempestiva, em todos os seus termos, demonstrada a insubsistência e improcedência do Auto de Infração, acolhendo os argumentos aqui articulados, no sentido de manter a decisão do Egrégio Conselho de Contribuintes que cancelou a ação fiscal, arquivando o procedimento, anulando os termos de infração e cancelando o crédito tributário dele decorrente, conforme já definido pelo Egrégio Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:

a) Seja reconhecido o alegado PRELIMINARMENTE decretando a decadência do eventual crédito tributário conforme referendou o Egrégio Conselho de Contribuintes, ou ainda a prescrição, e/ou a nulidade do auto de infração por vício formal, uma vez que há divergência entre os fatos e normas aplicados, tudo isso com a conseqüente extinção do feito, cancelando-se o eventual crédito tributário.

b) Se assim não entender os Ilustres julgadores, apreciar o MÉRITO, face ao princípio devolutivo, ou remeter a instância "a quo" para apreciação do mérito, reconhecendo os pedidos retro apontados, anulando-se integralmente as autuações.

c) A produção de todos os meios de prova em direito admissíveis e neste reiterando-se, caso necessário abordarem de mérito a expedição de ofício/circularização, solicitando informações junto ao Banco Araucária sobre o depósito incorreto, afim de se apurar a verdade dos fatos. (destaques do original)

Voto Vencido

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Preliminarmente cabe observar que, apesar de não ter interposto recurso especial, a Contribuinte veiculou divergência jurisprudencial em contrarrazões apresentadas em 29/12/2009 (e-fls. 504/546), no prazo de 15 (quinze) dias da ciência do acórdão recorrido (21/12/2009, e-fl. 502). Além de se contrapor ao recurso especial da PGFN, a contribuinte adentra ao mérito da exigência, deduzindo argumentos contra a imputação de omissão de receita por suprimento de caixa e por depósitos não comprovados, bem como contra a aplicação cumulativa de multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas e de multa proporcional aplicada sobre o ajuste anual, sendo que nestes dois últimos itens faz referência a julgados deste Conselho que corroborariam sua defesa.

O recurso especial interposto pela PGFN, como relatado, pretende reverter a decadência declarada em relação às exigências dos tributos devidos no ajuste anual de 1998. Considerando, porém, que o acórdão recorrido não exonerou integralmente as exigências, mantendo a multa isolada por falta de recolhimento de estimativa cujo cálculo é afetado pela omissão de receitas por depósitos não comprovados, ainda que fosse negado provimento ao recurso da PGFN subsistiria o interesse da Contribuinte em ver solucionada divergência acerca de aspecto que repercute na base de cálculo da multas isolada. De outro lado, caso seja dado provimento ao recurso da PGFN para restabelecer os valores lançados no ajuste anual, com a correspondente multa de ofício, a concomitância com a multa isolada seria restabelecida, também evidenciando o interesse da Contribuinte em ver analisado o dissídio jurisprudencial suscitado acerca deste ponto.

O Superior Tribunal de Justiça assim tem se manifestado acerca da fungibilidade recursal:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte admite a fungibilidade recursal entre apelação e agravo de instrumento em embargos à execução em casos contemporâneos à alteração legislativa da Lei n. 11.232/2005, ante a divergência interpretativa do próprio STJ à época.

2. O termo a ser considerado para a existência de razoabilidade da dúvida quanto ao recurso cabível deve ser não a edição da lei e o manejo dos embargos à execução, mas a pacificação do tema pelo STJ e a interposição do recurso em análise.

3. Tendo sido o agravo de instrumento interposto em abril de 2009 e a decisão uniformizadora do STJ publicada em agosto de 2009, cabível a fungibilidade recursal ao presente feito.

4. O acórdão considerou sistematicamente o teor da sentença em execução para concluir pelo afastamento da condenação das verbas posteriores à reversão da incapacidade laboral. Incidência da Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1.274.561/MG, DJ-e de 10/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. FUNGIBILIDADE RECURSAL. REQUERIMENTO INCIDENTAL PARA ADMISSÃO NO FEITO NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE. É IRRECORRÍVEL A DECISÃO QUE REJEITA TAL PLEITO. PRECEDENTE DO STF.

1. O pedido de reconsideração pode ser recebido como agravo interno quando: a) atender aos requisitos mínimos para aquele exigível; b) for apresentado tempestivamente; e c) não representar erro grosseiro ou má-fé do recorrente" (RCD nos EDcl no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1666427/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 3/8/2018). Outros precedentes: RCD no AREsp 1.297.701/RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 13/8/2018; e AgInt no AREsp 1.055.574/RS, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13/10/2017.

2. Em 17/10/2018, o Plenário do STF, no julgamento do RE 602.584, assentou o entendimento de ser irrecorrível a decisão que rejeita o requerimento para ingresso no feito na qualidade de amicus curiae. .

3. Pedido de reconsideração recebido como agravo interno e não conhecido. (PET no MS 24.246/DF, DJ-e de 13/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA ACÓRDÃO. RECURSO INCABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. FALHA QUE SE REPETE EM SUCESSIVOS RECURSOS.

1. Na forma dos artigos 545 do Código de Processo Civil e 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática, sendo manifestamente inadmissível sua interposição contra acórdão.

2. Não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado.

3. Agravo regimental não conhecido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, na forma do art. 557, § 2º, do CPC.(STJ, AgRg no AgRg no AgRg no AREsp 390989/SP, DJe 11/12/2013).

Em linhas gerais, a fungibilidade pode ser aplicada se houver dúvida quanto ao recurso cabível, na ausência de erro grosseiro, e se observado o prazo para interposição. A tempestividade está evidenciada e a dúvida aqui se mostra presente, o que afasta o erro grosseiro, na medida em que, como se vê à e-fl. 501, ao receber o acórdão recorrido e o recurso especial interposto pela PGFN, a Contribuinte foi cientificada, apenas, *de que poderá apresentar contra argumentação ao recurso especial, no prazo de 15 (quinze) dias, e intimado a recolher aos cofres da Fazenda Nacional, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento desta.*

Assim, em observância ao princípio da fungibilidade dos recursos e do formalismo moderado, o presente voto é no sentido de que o processo seja encaminhado à Presidência de Câmara competente para exame de admissibilidade das alegações que, veiculadas nas contrarrazões às e-fls. 504/546, são convertidas em recurso especial porque associadas à indicação de acórdãos deste Conselho com potencialidade de se constituir em paradigmas de divergência jurisprudencial.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

Prevalecendo o entendimento majoritário contrário à providência tratada em preliminar, cabe apenas apreciar o recurso especial da PGFN, sem tecer qualquer manifestação a respeito dos argumentos deduzidos pela Contribuinte acerca das demais matérias, sem a necessária interposição de recurso especial a ser submetido a exame de admissibilidade na forma do art. 67 do Anexo II do RICARF, quer em sua redação aprovada pela Portaria MF nº 256/2009, bem como na forma da Portaria MF nº 343/2015.

Assim, superada a preliminar, importa ter em conta que a exigência aqui veiculada resultou de ajustes às bases tributáveis originalmente apuradas pela Contribuinte no ano-calendário 1998 conforme DIPJ às fls. 276/330, na qual foram indicados IRPJ e CSLL a pagar nos montantes de R\$ 712,47 e R\$ 379,98, respectivamente, além de Contribuição ao PIS e Cofins pagos em fevereiro/98 nos valores de R\$ 864,60 e R\$ 2.660,30, respectivamente. Identificadas omissões de receitas a título de saldo credor de caixa (R\$ 48.156,92) e de depósitos bancários de origem não comprovadas (R\$ 105.093,83), ambas localizadas em fevereiro/98, foram formalizadas exigências de IRPJ e CSLL devidos no ajuste anual de 1998, bem como de Contribuição ao PIS e Cofins em fevereiro/98, além da aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa em fevereiro/98.

Cientificada do lançamento em 16/09/2004, a Contribuinte arguiu, em impugnação, a decadência do direito de o Fisco exigir débitos correspondentes à competência de fevereiro/98, dada a formalização da exigência 6 (seis) anos depois. Defendeu a aplicação do art. 150, §4º do CTN vez que *os tributos autuados são tributos sujeitos ao lançamento por homologação*, inclusive no que se refere às contribuições sociais.

A autoridade julgadora de 1ª instância observou que o fato gerador do IRPJ ocorreu em 31/12/1998 e reconheceu que houve pagamento do IRPJ (e-fl. 395), mas afastou a aplicação do art. 150, 4º do CTN em razão do intuito de fraude presente na omissão de receitas vinculada a depósitos bancários verificados na CPMI-Banestado, bem como na constatação de saldo credor de caixa, a evidenciar *a utilização de recursos irregularmente mantidos à margem da escrituração*, e isto *ainda que no lançamento fiscal não tenha sido exigida a cabível multa qualificada de 150%*. Dessa forma, o lançamento do débito de IRPJ poderia ter sido formalizado até 31/12/2004, consoante autoriza o art. 173, I do CTN, e o lançamento das contribuições sociais contariam com o prazo decadencial mais alargado de 10 (dez) anos.

Em recurso voluntário, a Contribuinte novamente defendeu a aplicação do art. 150, §4º do CTN em razão da não comprovação de dolo, ou mesmo de acusação neste sentido na autuação, também pleiteando, alternativamente, a aplicação do art. 173, I do CTN, com base no qual, considerando a ocorrência do fato gerador em fevereiro/98, o prazo decadencial se expiraria em 01/01/2004.

O Colegiado *a quo*, sob a premissa de que *os tributos lançados por homologação submetem-se às regras especiais de decadência previstas no artigo 150, e que caso esse dispositivo seja inaplicável - por ocorrência de dolo, fraude ou simulação, por exemplo - a decadência será regida pelas normas do artigo 173, que tem natureza de regra geral*, afirmou que as exigências de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e Cofins se sujeitavam à regra decadencial do art. 150, §4º do CTN, dado inexistir *nos autos qualquer comprovação da existência de dolo, fraude ou simulação por parte da recorrente. E a prova da ocorrência do dolo, fraude ou simulação ser conditio sine qua non para a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN*. Apenas a exigência de multa isolada foi mantida, porque submetida à regra decadencial do art. 173, I do CTN, sendo que, como *a multa isolada não poderia ser exigida no curso do ano-calendário 1998, a contagem do prazo decadencial teria início em 01/01/2000 e término em 31/12/2004*.

Em seu recurso especial, a PGFN argúi divergência em face do paradigma CSRF/02-02.288, que afirmaria a aplicação da regra prevista no art. 173, I do CTN *na hipótese de ausência de pagamento antecipado*, acrescentando em seus fundamentos que *o sujeito passivo deixou de pagar tributo dada a omissão de receitas*.

Infere-se que, frente às evidências de recolhimento informadas na DIPJ, e à confirmação da autoridade julgadora acerca do recolhimento de IRPJ pertinente ao ano-calendário 1998 (e-fl. 395), a recorrente pretende isolar as receitas omitidas para defender que em relação a elas não houve recolhimento de tributo, e assim equiparar as circunstâncias fáticas destes autos àsquelas que resultaram na constatação de ausência de pagamento antecipado no paradigma. Contudo, as premissas do paradigma para concluir pela inexistência de pagamento foram as seguintes:

Dessa forma, são aplicados ao PIS os prazos do Código Tributário Nacional, previstos nos arts. 150, § 4º, ou 173, I, conforme tenha ou não havido pagamentos.

No presente caso, não houve pagamentos, uma vez que se trata de diferenças apuradas em relação aos valores depositados judicialmente.

Portanto, na ausência de pagamentos antecipados, aplica-se ao caso a regra do art. 173, I, do CTN.

A decadência para o primeiro período de apuração de que tratou o auto de infração iniciou-se, portanto, em 1º de janeiro de 1997, finalizando-se em 31 de dezembro de 2001.

Dessa forma, não houve decadência.

Inexiste, no paradigma, qualquer construção no sentido de que o pagamento apto a atrair a aplicação do art. 150, §4º do CTN deveria se verificar em relação à receita tributada no lançamento. Assim, considerando que as informações da DIPJ, não contrastadas pela autoridade lançadora - que limitou-se a exigir os tributos suplementares em relação aos

valores não computados na base de cálculo original - indicam a existência de apuração e, por consequência, de pagamento em relação a todos os tributos autuados, resta evidente que os acórdãos comparados pautam-se em circunstâncias fáticas distintas, o que impede a caracterização do dissídio jurisprudencial.

Por tais razões, apesar de tempestivo, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN.

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura - Redator designado

O presente voto é para divergir da i. Relatora em relação à aplicação do princípio de fungibilidade, quando deliberou no sentido de converter as contrarrazões apresentadas em recurso especial e, por consequência, promover diligência para encaminhar os autos à Presidência de Câmara competente para realizar o exame de admissibilidade.

Votei no sentido de que a diligência não é necessária, porque não haveria que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade ao caso.

Vale esclarecer que não haveria óbice em aplicar o princípio da fungibilidade recursal, caso tivesse sido demonstrado que a parte, ao apresentar contrarrazões, teria, na realidade, incorrido em erro de natureza formal ao designar a peça processual, e que, materialmente, pudesse se constatar que o documento seria, na realidade, um recurso especial.

Contudo, entendo não ser situação dos presentes autos.

Nas contrarrazões apresentadas, são combatidos, de maneira precisa e objetiva, os argumentos trazidos no recurso especial da outra parte. Há menções específicas sobre o pedido da recorrente, e na sequência a contraposição de teses. A construção do texto menciona jurisprudência, tanto judicial quanto administrativa (Conselho de Contribuintes), contudo, não se mostra suficiente para evidenciar que a jurisprudência administrativa, na realidade, estaria se referindo a uma decisão paradigma (divergência nos termos do art. 67, Anexo II do RICARF), requisito específico de admissibilidade de recurso especial. Ora, a menção de jurisprudência tanto pode ser útil para atender requisito de admissibilidade de recurso, quanto para corroborar a argumentação apresentada em qualquer contexto (tanto em recurso quanto em contrarrazões). Não me parece razoável atribuir a uma peça denominada contrarrazões, que apresenta contraposição a argumentos trazidos pela outra parte em recurso especial, o princípio de fungibilidade para acatá-la como se fosse recurso especial somente porque se pode extrair do texto jurisprudência ou fundamentos que poderiam ser utilizados, também, para a interposição de um recurso especial.

Pode-se aplicar o princípio da fungibilidade recursal desde que reste demonstrado que a designação formal da peça processual não corresponda à sua substância. Contudo, a demonstração deve ser evidente, não pode deixar margem de dúvidas de que a parte efetivamente incorreu em um equívoco na denominação da peça. E não é o caso dos autos. Há contraposição de argumentos e cumpre-se a função de contrarrazões.

Não há que se falar, portanto, em aplicação do princípio da fungibilidade.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de conversão do julgamento em diligência.

(assinado digitalmente)

ANDRÉ MENDES DE MOURA