ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11065.001922/2003-57

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

Processo nº	11065.001922/2003-57
Recurso nº	Especial do Contribuinte
Acórdão nº	**9303-006.028 – 3ª Turma**
Sessão de	30 de novembro de 2017
Matéria	COFINS
Recorrente	UNIMED VALE DOS SINOS - COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1998 a 30/06/1998

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA.

Por força do disposto no art. 62-A do RICARF. c/c a decisão do STJ, no REsp 973.733/SC, sob o regime do art. 543-C do CPC, a contagem do prazo qüinqüenal decadencial, nos casos em que não há antecipação de pagamento por conta das parcelas lançadas e exigidas, deve ser efetuada nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama (relatora), Valcir Gassen (suplente convocado em substituição à conselheira Érika Costa Camargos Autran) e Vanessa Marini Cecconello, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal.

(Assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama – Relatora

(Assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº **203-10.845,** do 2º Conselho de Contribuintes, que, por unanimidade de votos, não conheceu do recurso, em parte, face à opção pela via judicial e, na parte conhecida, pelo voto de qualidade, afastou a decadência.

O Colegiado *a quo*, assim, consignou a seguinte ementa:

"NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

DECADÊNCIA. Ação judicial proposta pelo contribuinte antes, durante ou após o lançamento do crédito tributário caracteriza renúncia às instâncias administrativas.

COFINS. DECADÊNCIA. 0 prazo para a Fazenda proceder ao lançamento da COFINS é de dez anos a contar da ocorrência do fato gerador, consoante o art. 45 da Lei n° 8.212/91 combinado com o art. 150, § 4°, do Código Tributário Nacional."

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Especial, requerendo a anulação da decisão recorrida, na parte objeto do presente recurso, determinando-se o retorno dos autos à Colenda 3ª Câmara do 2º Conselho, na intenção de que seja apreciado o mérito. E postula ainda para que seja reconhecida a decadência alegada em relação ao período anterior a junho de 1998.

Em Despacho às fls. 977 a 978, foi dado seguimento parcial somente em relação ao tema "decadência".

Em Despacho às fls. 1046 a 1048, foi mantido na íntegra o Despacho que admitiu o recurso especial interposto pelo sujeito passivo apenas quanto à decadência.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama - Relatora

Depreendendo-se da análise do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo, é de se conhecê-lo na parte admitida em Despacho, considerando ser tempestivo e por atender aos requisitos de admissibilidade, conforme reza o art. 67 do RICARF/2015 – Portaria MF 343/2015 com alterações posteriores.

Ventiladas tais considerações, *a priori*, importante discorrer sobre a decadência de o Fisco constituir o crédito tributário.

Importante recordar que o Colegiado *a quo* entendeu que o prazo decadencial das contribuições sociais, dentre elas a Cofins, é o definido pelo art. 45 da Lei 8.212/91. Tal discussão não mais existe, considerando a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei 8.212/91, sendo superada pela Súmula Vinculante 8 do STF que efetivamente afastou o referido dispositivo.

Quanto ao termo inicial de contagem do prazo fatal para a constituição do crédito tributário, em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, tem-se que tal matéria encontra-se pacificada com o entendimento expressado no item 1 da ementa da decisão do STJ, na apreciação do REsp nº 973.733/SC, apreciado na sistemática de recursos repetitivos:

> "*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 inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito".*

Assim, nos termos da jurisprudência atual, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação será:

I Em caso de dolo, fraude ou simulação: 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN);

II Nas demais situações:

a) se houve pagamento antecipado ou declaração de débito: data do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN);

b) se não houve pagamento antecipado ou declaração de débito: 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

Vê-se, então, que essa discussão não poderia mais ser apreciada no CARF, pois os Conselheiros, por força do art. 62, § 2º, Anexo II, do Regimento Interno RICARF, estão vinculados ao que restou decidido no RESP 973.733.

O que, regra geral, para os casos "comuns", a discussão acerca da contagem para o prazo decadencial não poderia mais ser apreciada no CARF, pois os Conselheiros, por força do art. 62, § 2º, Anexo II, do Regimento Interno RICARF, estão vinculados ao que restou decidido no RESP 973.733.

No caso vertente, o sujeito passivo foi cientificado do auto de infração em 21.7.03 referente à Cofins do período de janeiro de 1998 até dezembro de 2002, inclusive.

Considerando que toda a autuação traz a existência de depósitos judiciais em ações promovidas pelo sujeito passivo, além de pagamentos via DARF de alguns períodos e declarações dos valores, entendo que se deve aplicar o art. 150, § 4º, do CTN, o que, por conseguinte, reconheço a decadência em relação aos meses de janeiro a junho de 1998.

Em vista de todo o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo.

É como voto.

(Assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, Redator designado.

Com todo respeito ao voto da ilustre relatora, mas discordo de suas conclusões, quanto à contagem do prazo decadencial de que dispunha a Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário em discussão.

A decadência do direito de se constituir créditos tributários está regulada no Código Tributário Nacional (CTN), que assim dispõe:

> *"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 pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."*
>
> *Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*
>
> *[...].*
>
> *§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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."*

Já no julgamento do REsp nº 973.733/SC, o Superior Tribunal Justiça (STJ) assim decidiu, quanto à decadência:

> *"1. O prazo decadencial qüinqüenal 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 inocorre, 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 216.755/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP. Rel. Ministro Luis Fux, julgado em 13.12.2004, J 28.02.2005)".*

Consoante os dispositivos citados e transcritos acima, para os casos em que há antecipação de pagamento por conta das parcelas da contribuição (tributo) devida, a contagem do prazo quinquenal decadencial deve ser efetuada, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, cinco anos a partir da data do respectivo fato gerador. Já para os casos em que o contribuinte não efetua quaisquer antecipações, a contagem deve ser efetuada nos termos do art. 173, inciso I, desse mesmo Código, ou seja, seja a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido constituído.

Não concordo com a relatora quando afirma que a existência de qualquer declaração de débito seria suficiente para transferir a contagem do prazo decadencial para a regra do art. 150, § 4º do CTN. A única declaração de débito suficiente para tal seria a DCTF em razão de ser instrumento legal de confissão de dívida, ou seja, o débito estando declarado em DCTF não há qualquer razão para se falar em prazo decadencial, pois o tributo já estaria constituído e não haveria necessidade de lançamento de ofício por parte das autoridades lançadoras.

Da mesma forma, eventuais depósitos judiciais não tem o condão de alterar o prazo decadencial para a regra do art. 150, § 1º do CTN. Isto porquê, de fato, não se equiparam a pagamento, conforme exige a lei. Na verdade os depósitos judiciais até embaraçam a atividade fiscalizatória relativa ao tributo, justificando por isso mesmo um prazo mais alongado para as verificações prévias necessárias ao lançamento.

De acordo com a planilha "Demonstração de Apuração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social" às fls. 742, parte integrante do auto de infração, o contribuinte não efetuou quaisquer pagamentos por conta das parcelas devidas naquelas competências, objeto do lançamento em discussão.

Assim, para o presente caso, por força do disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), c/c a decisão do STJ, no REsp nº 973.733/SC, a contagem do prazo quinquenal decadencial deve ser feita nos termos do

inciso I do art. 173 do CTN, ou seja, a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido constituído.

O lançamento abrangeu as competências de janeiro de 1998 a dezembro de 2002. A decadência suscitada pelo contribuinte abrange as competências de janeiro a junho de 1998.

Assim, levando-se em conta que o fato gerador mais antigo, em relação à suscitada decadência, ocorreu na data de 31 de janeiro de 1998, o prazo de 5 (cinco) anos de que a Fazenda Nacional dispunha para a constituição do respectivo crédito tributário expiraria em 1º de janeiro de 2004, 1º dia do exercício seguinte, na prática em 31 de dezembro de 2003. Contudo, o crédito tributário foi constituído em 21 de julho de 2003, data em que o contribuinte foi intimado do lançamento, conforme provam a assinatura e a data apostas por ele no auto de infração às fls. 739-e (fls. 736).

Dessa forma, não há que se falar em decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário correspondente às competências de janeiro a junho de 1998.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso especial do contribuinte.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal