



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

Processo nº 11543.001084/2004-10
Recurso nº 338.439 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-001.096 – 1ª Turma
Sessão de 28 de junho de 2011
Matéria COFINS- Multa de ofício qualificada e decadência
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Nova Zelândia Distribuidora de Cimento Ltda.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/12/1998 a 20/11/2000, 31/03/2001 a 30/04/2001

RECURSO ESPECIAL. DECISÃO NÃO UNÂNIME, CONTRÁRIA À LEI E À PROVA DOS AUTOS.

Demonstrado que a decisão contraria a lei e à prova dos autos, deve ser conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional, para reformá-la.

MULTA QUALIFICADA. CARACTERIZAÇÃO.

O comportamento consistente do contribuinte de deixar de declarar a quase totalidade de suas receitas ao fisco federal, torna notório o intuito de retardar o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, das circunstâncias materiais da obrigação tributária, justificando a aplicação da multa qualificada.

DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 173, INCISO I, DO CTN. TERMO INICIAL MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 543B E 543C DA LEI nº 5.869/1973 CPC.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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, consoante art. 62^A do seu Regimento Interno, introduzido pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010.

Para a contagem do prazo decadencial, o STJ pacificou entendimento segundo o qual, ao ser aplicado o artigo 173, inciso I, do CTN, deve ser adotado o entendimento externado pela Segunda Turma do STJ no julgamento dos EDcl nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 PR (2004/01099782).

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso da Fazenda Nacional, para: i) restabelecer a multa qualificada e ii) afastar a decadência relativa aos fatos geradores ocorridos em janeiro de 1999 e fevereiro de 1999 e, por voto de qualidade, para iii) restabelecer a exigência relativa a dezembro de 1998, vencidos os Conselheiros João Carlos de Lima Junior, Karem Jureidini Dias, Antônio Carlos Guidoni Filho, Valmir Sandri (relator) e Susy Gomes Hoffmann, que acolhiam a decadência para este período. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.

(documento assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri - Relator

(documento assinado digitalmente)

Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Redator Designado

Participaram do julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Junior, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Karem Jureidini Dias, Alberto Pinto Souza Junior, Valmir Sandri e Suzy Gomes Hoffmann.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão nº 10322.589, de 16/08/2006 (fl. 196/209), tempestivamente interpõe recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), com fulcro no artigo 32, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, Anexo II, de 16 de março de 1998.

A Recorrente se insurge contra o acórdão, na parte em que, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75 % (setenta e cinco por cento), bem como acolheu a preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores dos meses de dezembro de 1998 e janeiro e fevereiro de 1999.

Alega que houve redução da multa qualificada para o seu percentual normal, ao argumento de que a prática do contribuinte não seria fraudulenta, entretanto, o r. acórdão recorrido merece reforma, visto contrariar as provas constantes dos autos, assim como o disposto no art. 44, inciso II, da Lei nº 9430/96.

Em síntese, considerando os elementos de provas contidos nos autos, conclui que a contribuinte praticou diversas ações oferecendo a SRF declarações inexatas sobre faturamento, resultado de omissões de receita. Com essa conduta, reduzia o pagamento devido

de tributos e contribuições. Ressalta que a conduta (declarações inexatas resultado de omissões de receita) foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que podia influir no seu curso causal, impedindo que resultasse em diminuição indevida de tributo. Diz que a repetição de conduta demonstrou desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, indicando a intensidade de dolo, e que as ações sempre foram posteriores às ocorrências dos fatos geradores.

Quanto à decadência, assevera que efetivamente comprovada à existência da conduta dolosa da contribuinte, a contagem do prazo decadencial se desloca para o artigo 173, inciso I, do CTN, não tendo assim ocorrido à decadência.

Pondera que ainda que se entenda não demonstrada à intenção de fraudar, merece reforma o acórdão recorrido quanto à decadência, pois afastou a Lei nº 8.212/91.

Aventou que a decisão, na parte em que reconhece a decadência, não encontra amparo na lei vigente, na Constituição da República, na jurisprudência, na doutrina, nem no Regimento Interno dos Conselhos.

Citou doutrina e jurisprudência judicial que entende favoráveis à sua tese de Recurso.

A Presidência da Terceira Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes admitiu o recurso especial por entender estar demonstrado, fundamentadamente, em quê a decisão recorrida seria contrária à lei e à evidência das provas contidas nos autos, consoante o disposto no §1º, do artigo 33, do RICC aprovado pela Portaria ME nº 147, de 25/06/2007.

A interessada apresentou contrarrazões nas quais alega que a simples declaração inexata, como ocorreu no presente caso, em que a receita declarada ao Fisco foi menor do que a regularmente declarada nos livros fiscais, não configura evidente intuito de fraude, razão pela qual a multa cabível é a de 75%, prevista no inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96.

Diz ser diferente quando a omissão de receita resulta do emprego de meios fraudulentos e ardilosos para camuflar os valores da receita, como, por exemplo, as chamadas notas fiscais "calçadas", "paralelas", "sanfonas", a inserção de elementos falsos na escrituração contábil, o uso de documentos forjados, escrituração paralela, contabilidade adulterada ou outras práticas abomináveis, que não são detectáveis facilmente pelo fiscal, e, por isso mesmo, ficam sujeitas à penalidade mais gravosa, isto é, à multa qualificada de 150% prevista no artigo 44, inciso II, da Lei 9.430/96.

Ressalta que, no caso sob exame, a diferença da receita foi facilmente apurada pela autuante, mediante o simples confronto de valores (todos fornecidos pela fiscalizada), pois não houve o uso de qualquer ardil, simulação, adulteração ou falsidade, quer por ocasião da escrituração da receita quer por ocasião do procedimento fiscal. A autuante reputou corretos os lançamentos contábeis e não logrou provar o uso de qualquer meio fraudulento para camuflar os valores da receita.

Chama atenção para o RELATÓRIO DAS INFRAÇÕES APURADAS – COFINS, que integra o auto de infração, que explicita, no subitem 4.4

"4.4 O levantamento das bases de cálculo da Contribuição devida foi efetuado a partir dos demonstrativos preenchidos pelo contribuinte, doc. de fls. 10 a 25, e confirmados com os valores constantes dos livros fiscais da empresa." (negritos apostos pelo contribuinte)."

Traz vasta jurisprudência.

Finalmente, refuta o prazo de 10 anos para a decadência, postulado pela PFN, com fulcro no art. 45 da Lei nº 8.212/91.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valmir Sandri, Relator.

O presente recurso preenche os requisitos legais para a sua admissibilidade.

Dele, portanto, tomo conhecimento.

Conforme se depreende do recurso ora interposto, entende a PFN que a desqualificação da multa contraria a prova dos autos.

Como dão notícia os autos, o contribuinte foi incluído em programa de fiscalização em razão da incompatibilidade entre os valores por ele declarados ao Fisco Federal e os valores levantados nos bancos de dados da Receita Federal, quanto às compras a ele efetuadas por outras pessoas jurídicas. O auto de infração alcança fatos geradores ocorridos de dezembro de 1998 a novembro de 2000, e março e abril de 2001.

Do confronto dos valores do faturamento escriturados nos livros fiscais com os informados na DIPJ, a autoridade fiscal verificou que na DIPJ e nas DCTF, o contribuinte declarou valores inferiores aos registrados em seus livros fiscais, os quais não estão compatíveis com os totais de compras constantes do banco de dados disponíveis na Receita Federal, ficando à margem da tributação significativa parcela de sua receita.

Pelos quadros demonstrativos de fls. 74 a 77, vê-se que entre novembro de 1998 e dezembro de 2000, o contribuinte informou à RFB parcela muito inferior à sua receita (pouco mais da metade).

Intimada a justificar a não inclusão das receitas em sua declaração, e a apresentar os livros Diário e Razão, a fiscalizada informou tratar-se de equívoco do funcionário que digitou a DIPJ e impossibilidade de apresentação dos livros, que teriam se extraviado.

A Câmara, por maioria, acompanhou o voto do Relator, que assim fundamentou a desqualificação da multa:

Sobre o tema, esse e. Conselho de Contribuintes já assentou o entendimento de que não caracteriza evidente intuito de fraude para fins de agravamento de multa de ofício a nãoapresentação ou apresentação de declaração de rendimentos que informe com incorreção as receitas auferidas pelo contribuinte ("declaração inexata"), especialmente quando a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária pode ser facilmente constatada pelo Fisco mediante exame dos livros fiscais e demais documentos contábeis do contribuinte, tal como ocorre no caso dos autos.

(...omissis...)

Releva notar que, em processo conexo ao presente (Proc. Nº 11543.01083/200475), a própria E. Delegacia Regional de Julgamentos a quo reconheceu a improcedência da exigência da multa de ofício agravada em face da Recorrente, ante a percepção da ocorrência da mera "declaração inexata" e ausência do "evidente intuito de fraude" exigido pelo estrito tipo legal. Verbis:

"Quanto à imposição da multa agravada, compartilho o entendimento de que declaração a menor de receita não configura, por si evidente intuito de fraude."

Com a devida *vênia* ao entendimento acima esposado, não compartilho do mesmo.

Conforme se depreende dos autos, há um quadro de reiteramento de conduta e de significância de valores, que torna absolutamente implausível a idéia de que se estaria diante de uma conduta involuntária, de um fato isolado, de um mero erro material. Ao contrário, o comportamento consistente do contribuinte de deixar de declarar cerca de 50% de suas receitas torna notório o intuito de retardar o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, das circunstâncias materiais da obrigação tributária, justificando a aplicação da multa majorada.

Portanto, entendo assistir razão ao ilustre Procurador da Fazenda Nacional, quando afirma que a desqualificação da multa contraria a prova dos autos.

Quanto a decadência, a Fazenda Nacional se insurge contra essa decisão, postulando que o termo inicial se rege pelo inciso I do art. 173 do mesmo Código (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado).

Por seu turno, o art. 62 A do Regimento Interno do CARF, dispõe:

Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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.

Por seu turno, determina o art. 543C do Código de Processo Civil:

Art. 543C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

(...)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

I terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

II serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

A matéria aqui tratada já foi objeto de decisão do STJ na sistemática do art. 545C do Código de Processo Civil, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 973.333, conforme a seguir reproduzido:

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 SC (2007/01769940)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS

REPR. POR : PROCURADORIA GERAL FEDERAL

PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, 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 RTIGOS 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 impositivos 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 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

No caso concreto, aplicando-se o entendimento acima esposado pelo STJ,

Depreende-se que para o fato gerador mais antigo, ocorrido em dezembro de 1998, o tributo poderia ter sido lançado já em janeiro de 1999, e sendo assim, o termo inicial da contagem é o primeiro dia daquele mês (01/01/1999), e o termo final 31/12/2003, portanto, correta a decisão recorrida que excluiu parte da tributação em razão da decadência.

Isto posto, conheço do recurso especial da Fazenda Nacional e dou-lhe provimento PARCIAL.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Voto Vencedor

Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, redator designado.

O i. relator foi vencido apenas quanto à decadência da exigência relativa ao mês de dezembro de 1998, sob o entendimento de que a contagem do prazo decadencial teria início no dia 01/01/1999, expirando-se o mesmo, portanto, em 31/12/2003. A ciência do auto de infração deu-se em **31/03/2004** (fls. 86).

Minha discordância diz respeito ao fato de considerar o início da contagem do questionado prazo de caducidade como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, a partir do dia **01/01/2000**, expirando-se em **31/12/2004**, a teor do que determina o inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN. Tendo em vista que a multa qualificada foi restabelecida no presente julgamento, a contagem é efetuada com base no mencionado dispositivo do art. 173, I, do CTN, independentemente de ter havido ou não pagamento antecipado do tributo.

Para explicitar meu posicionamento, adoto e transcrevo parte dos fundamentos do voto que proferi no Acórdão nº 910100.901, na sessão desta 1ª Turma da CSRF realizada no dia 28/03/2011, conforme segue:

“(…).

Com referência à contagem do prazo decadencial, duas são as regras estabelecidas mediante a participação do sujeito passivo, a saber: a primeira trata dos tributos lançados por homologação, onde o *dies a quo* é a data da ocorrência do fato gerador, caso tenha ocorrido o pagamento, ainda que parcial, ou mesmo que o pagamento não tenha ocorrido, sob o entendimento de que se estaria homologando a atividade exercida pelo obrigado (CTN, art. 150, § 4º). A segunda regra corresponde à regra geral para os tributos por declaração, onde o *dies a quo* é contado do primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I).

(…).

(...) pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010–DOU de 22/12/2010, foram introduzidas alterações no Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, DOU de 23/06/2009, sobrevivendo o art. 62A, que assim dispõe:

Art. 62A.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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.

(…).

Sendo assim, esta 1ª Turma da CSRF, no Acórdão nº 9101-000.811, sessão de 21/02/2011, da qual também participei, por unanimidade de votos adotou a decisão proferida pelo STJ no julgamento do Resp. STJ nº 973.733/SC, em 12/08/2009, representativo de controvérsia relativa à Contribuição Previdenciária, de cuja decisão transcrevo excerto da sua ementa, reproduzido no seu voto condutor, a seguir:

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial regese 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, ... (destaques acrescidos)

Pois bem. A acima referida decisão deste Colegiado, na sessão de 21/02/2011, tomou como base a definição de que “o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde “ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible”, definição essa que suscitara a oposição de embargos declaratórios da Fazenda Nacional junto ao STJ, os quais foram

julgados e acolhidos pela sua Segunda Turma, na sessão realizada em 09/02/2010, com a finalidade

“... de se adequar o decisório embargado à jurisprudência uniformizada no âmbito do STJ sobre a matéria”. (parte final do voto condutor da decisão dos EDcl nos Edcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 PR (2004/01099782), transcrito mais adiante).

Saliente-se que esse entendimento externado em sede de embargos declaratórios está sendo corretamente reiterado pelas duas Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, que julgam matéria tributária, de cujas decisões merecem destaque a que foi proferida quando o próprio Ministro Luiz Fux, atualmente Ministro do STF, ainda fazia parte daquela Turma do STJ, assim ementada:

Autoridade: Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma

Título: AgRg no REsp 1050278 / RS

Data: 22/06/2010

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS. INCABIMENTO. DECADÊNCIA. FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO. TERMO INICIAL. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Em sede de agravo regimental, não se conhece de alegações estranhas às razões do recurso especial, por vedada a inovação de fundamento. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que, no caso de imposto lançado por homologação, quando há prova de fraude, dolo ou simulação, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional). 3. Agravo regimental improvido.

Da 2ª Turma da 1ª Seção do STJ trago ementa de decisão mais recente, proferida em 07/04/2011, que consagra esse reiterado entendimento, a seguir:

Autoridade: Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma

Título: AgRg no REsp 1219461 / PR

Data: 07/04/2011

Ementa: TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. ATRASO NO PAGAMENTO DAS PARCELAS. RESCISÃO ADMINISTRATIVA. 1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário, nos casos de lançamento de ofício, conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ele poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, inciso I). Tal entendimento foi solidificado no STJ quando

do julgamento do REsp 973.733/SC, julgado em 12.8.2009, relatado pelo Min. Luiz Fux e submetido ao rito reservado aos recursos repetitivos (CPC, art. 543C). 2. Parcelado o débito sob a égide da MP 38/2002, o atraso de mais de duas parcelas implica em imediata rescisão da avença administrativa, nos termos do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.522/02, vigente à época da ocorrência dos fatos. Agravo regimental improvido. (destaques acrescidos)

Sendo assim, mantenho a posição anteriormente assumida na decisão desta 1ª Turma da CSRF, no supracitado Acórdão nº 9101-000.811, sessão de 21/02/2011, porém com o entendimento externado pelas duas Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, representado no julgamento dos Embargos de Declaração “Edcl nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 PR (2004/01099782)”, julgado em 09/02/2010, cujo aresto transcrevo a seguir:

EDcl nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 PR (2004/01099782)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART.173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993.

2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000.

Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu. (destaques acrescidos)

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Do acurado reexame dos autos, verifico que razão assiste à embargante.

Sobre o tema, a Primeira Seção desta Corte, utilizando-se da sistemática prevista no art. 543C do CPC, introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei dos Recursos Repetitivos, ao julgar o REsp 973.733/SC, Rel Min. Luiz Fux (j. 12.8.2009), reiterou o entendimento no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação não

declarado e inadimplido, como o caso dos autos, o Fisco dispõe de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado para a constituição do crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN. Somente nos casos em que o pagamento foi feito antecipadamente, o prazo será de cinco anos a contar do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN).

Confira-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, 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). (destaques acrescidos)

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuidase 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 impositivos 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 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Retomando os termos em que os declaratórios foram apreciados pelo STJ:

Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994.

Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirandose em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, temse por não consumada a decadência, in casu. (destaques acrescidos)

Com efeito, é cediço que, excepcionalmente, emprestamse efeitos infringentes aos embargos de declaração para correção de premissa equivocada sobre a qual se funda o julgado impugnado, quando tal efeito for relevante para o deslinde da controvérsia.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. PREMISSA EQUIVOCADA.

1. "É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento" (EDcl no REsp n. 599.653, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 22.8.2005).

2. *Tratando os autos de mandado de segurança, são incabíveis embargos infringentes, ainda que o acórdão do Tribunal a quo tenha sido divergente na reforma do mérito da sentença, de acordo com o entendimento firmado pela Súmula nº 597/STF e nº 169/STJ.*

3. *Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. (EDcl no Resp 727.838/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 25.8.2006).*

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. POSSIBILIDADE.

1. *Excepcionalmente, pode-se emprestar efeito modificativo aos embargos declaratórios.*

2. *No caso em espécie, tendo em vista o descabido recurso especial interposto em inadmissível processo instaurado contra a coisa julgada, impõe-se o acolhimento dos*

declaratórios para, dando-lhes efeito modificativo, não conhecer do recurso especial. (EDcl nos EDcl no REsp 543.688/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 26.10.2006).

Na seqüência do seu voto condutor, o i. Ministro Relator sentença que:

Portanto, impõe-se o acolhimento dos presentes embargos de declaração, a fim de se adequar o decisório embargado à jurisprudência uniformizada no âmbito do STJ sobre a matéria.

Isso posto, ACOLHO os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, tão somente, para afastar a decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993. ...

É como voto. (destaques acrescentados)

No caso sob análise, o fato gerador da Contribuição ocorreu em **31/12/1998**, tendo a ciência dos autos de infração sido dada em **31/03/2004** (fls. 86). Considerando que a contagem desse prazo tem início a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, a partir do primeiro dia do ano de 2000, a caducidade do direito de lançar somente ocorreria em **31/12/2004**, não estando o lançamento, portanto, alcançado pela decadência.

Por esses fundamentos é que divergi do entendimento esposado pelo i. relator, votando por dar provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional também quanto à exigência relativa ao mês de dezembro de 1998.

(documento assinado digitalmente)

Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz__

Processo nº 11543.001084/2004-10
Acórdão n.º **9101-001.096**

CSRF-T1
Fl. 16

CÓPIA