



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 13805.002531/97-56
Recurso nº 137.741 Voluntário
Matéria FINSOCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº 303-35.071
Sessão de 29 de janeiro de 2008
Recorrente EXXONMOBIL QUÍMICA LTDA.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

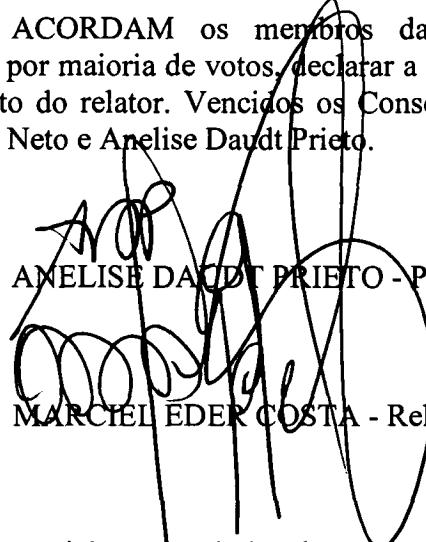
Período de apuração: 01/11/1991 a 31/03/1992

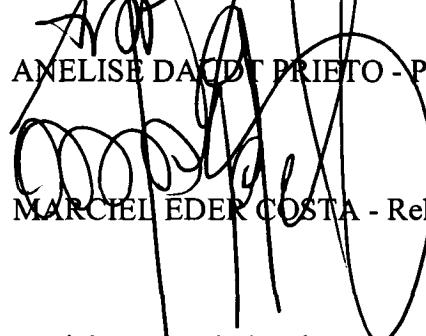
FINSOCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. DECADÊNCIA O direito de constituição do crédito tributário pertencente à Fazenda Nacional, relativo ao Finsocial, decaí no prazo de 5 anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Inteligência do artigo 150, § 4º do CTN. Observado o artigo 146, III, b, da Constituição Federal.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, declarar a decadência do direito da Fazenda Nacional, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Celso Lopes Pereira Neto e Anelise Daudt Prieto.

 ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente

 MARCIEL EDER COSTA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Davi Machado Evangelista (Suplente) e Tarásio Campelo Borges. Ausente a Conselheira Nanci Gama.

Relatório

Pela clareza das informações prestadas, adoto o relatório (fls.123-124) proferido pela DRJ – SÃO PAULO/AP, o qual passo a transcrever:

"4. O processo em exame versa sobre lançamento de ofício efetuado contra a contribuinte acima pela extinta DRF/SP/SUL em 30/06/1997 em virtude da constatação de falta de recolhimento do Finsocial referente ao período de 11/1991 a 03/1992, conforme consigna o auto de infração anexo ás fls. 1/2, complementado pelos demonstrativos das fls. 3/6.

5. Segundo o Termo de Constatação juntado nas fls. 36/38, por meio da ação cautelar nº 91.0700183-5, a empresa obtivera liminar autorizando-a a depositar judicialmente o Finsocial à aliquota de 2% a partir de setembro de 1991, ficando suspensa mediante tais depósitos a exigibilidade do crédito tributário. Posteriormente, em 04/08/1992, o juízo de primeiro grau autorizou o levantamento da parcela do montante depositado excedente ao valor que seria devido à aliquota de 0,5%.

6. No entanto, ao examinar os valores depositados e levantados (fls. 33/35), o autor do feito verificou que o montante remanescente na conta de depósitos judiciais era inferior a 0,5% do faturamento, sendo suficiente para quitar apenas os débitos de 09/1991, 10/1991 e parte do débito de 11/1991, ficando em aberto, além deste último, os débitos de 12/1991 a 03/1992, como mostra a listagem incluída na fl. 38. Em razão do exposto, a autoridade fiscal lançou com exigibilidade suspensa os valores que permaneceram depositados, dando origem ao processo nº 13805.005999/97-84, e com exigibilidade imediata a diferença indevidamente levantada, cujo lançamento se acha em discussão nestes autos.

7. O crédito tributário lançado, composto de principal, multa proporcional e juros de mora e calculado até 31/05/1996, perfaz o montante de 567.739,75 UFIR.

8. Inconformada, a empresa apresentou a impugnação anexa ás fls. 41/54, acompanhada dos documentos das fls. 55/85, na qual faz as seguintes ponderações:

a) salienta inicialmente a necessidade de apreciar a peça impugnatória, alegando inexistir coincidência total entre o objeto da autuação fiscal e o das ações judiciais por ela impetradas (medida cautelar e ação declaratória), as quais se circunscrevem à discussão do principal, sem fazer referência à multa por falta de recolhimento;

b) afirma que os débitos objeto de autuação já haviam sido atingidos pela decadência em virtude do decurso do prazo quinquenal previsto no art. 174 do CTN;

c) observa que, no tocante à parcela do tributo com exigibilidade suspensa por força dos depósitos judiciais efetuados, a imposição de

multa não pode subsistir, devendo ser afastada independentemente do exame do mérito;

d) apoiando-se em alguns excertos de doutrina e jurisprudência, defende a tese de que a imunidade tributária prevista expressamente no art. 155, §3º, da Constituição Federal, transrito na fl. 49, alcança todos os tributos incidentes sobre a comercialização de combustíveis e derivados de petróleo, inclusive o Finsocial, o que torna improcedente o lançamento;

e) finalmente, assinalando que o fato de a matéria estar sub judice basta por si só para obstar a atuação do Fisco até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, requer o cancelamento do auto de infração, assim como o arquivamento dos autos.

9. Segundo relatório extraído do sistema CNPJ, em 28/11/2001 a empresa mudou sua sede para a cidade do Rio de Janeiro (fl. 112) e, em 03/01/2002, alterou sua razão social para Exxonmobil Química Ltda. (fl. 111)."

Cientificada em 25.10.2006 (AR de fl.138 verso) da decisão de fls.122-134, a qual por unanimidade julgou procedente o lançamento, a empresa Contribuinte apresentou Recurso Voluntário e documentos (fls.140-187) em 21.11.2006, alegando, em síntese, que teria ocorrida a decadência já que o auto de infração foi lavrado em 30.06.1997 e os fatos gerados são do período de setembro de 1991 a março de 1992, ou seja, restou ultrapassado o prazo de cinco anos fixado pelo CTN, citando decisões deste Conselho, e que indevidamente foi lançada multa de ofício sobre a parcela de tributo depositado judicialmente, logo, com sua exigibilidade suspensa.

Apesar de a Recorrente ter procedido o arrolamento de fl.164, em razão do Ato Declaratório Interpretativo da Receita Federal do Brasil nº 9, de 05 de junho de 2007 (DOU de 06/06/2007), afasta-se a exigência da garantia recursal.

É o relatório.



Voto

Conselheiro MARCIEL EDER COSTA, Relator

Tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário, por ser tempestivo e por tratar de matéria da competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

A questão debatida nos autos diz respeita a ocorrência ou não da decadência.

Com efeito, constata-se que o auto de infração de fls.01-06 foi lavrado em 30.06.1997 e que os fatos geradores datam de 30.11.1991, 31.12.1991, 31.01.1992, 28.02.1992 e 31.03.1992, ou seja, restou ultrapassado o prazo de cinco anos estabelecido pelo art. 150, §4º do Código Tributário Nacional.

Assim, impõe-se seja reconhecida a decadência.

A propósito, a decadência pode e deve ser reconhecida de ofício pelo julgador, por ser questão efetivamente relacionada com o direito subjetivo que se pretende ver acolhido. Tal procedimento encontra subsídio no fundamento delineado pela Teoria Geral do Direito, pelo qual nenhum direito não exercido pode eternizar-se.

Em se tratando de análise da titularidade do exercício do direito de lançamento, ou seja, da plena competência para a administração realizar o ato administrativo de lançamento, com o fim de constituir seu crédito, a decadência é o instrumento ou modalidade jurídica criado para impedir que um direito se eternize nos braços adormecidos de seu titular. De tal configuração implica admitirmos que a decadência é forma de perda de um direito, pois ultrapassado o prazo estabelecido sem que nenhum ato constitutivo do direito seja proferido, este perece.

Nessa linha é que se pautou o art. 156 do Código Tributário Nacional que dispõe:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência;"

Na verdade, ainda que não se possa falar em extinção de algo que não tenha sido constituído, a decadência opera-se na perda do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário. A extinção, a que se refere o *caput*, está mais para o direito subjetivo da Fazenda do que para o crédito tributário propriamente dito.

No que tange ao fundamento processual, a regra contida no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, que pode ser tomada como subsidiária do Processo Administrativo Fiscal, assim dispõe:

"Art. 269. Haverá resolução de mérito:

(...)

IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; ”

Feitas estas considerações, ressalto que todos: juízes, advogados e doutrinadores, são unâimes em acentuar e estabelecer as diferenças entre a decadência e a prescrição, fato este que nos impõe, inicialmente, distinguir os dois conceitos.

Clóvis Beviláqua, em comentário ao art. 161 do Código Civil, define a prescrição como sendo "a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo".

Melhor dizendo, todo titular de um direito tem, para salvaguardá-lo, acesso a uma ação que lhe o garanta. A todo direito há uma ação que o assegure. A prescrição opera-se quando, detentor de um direito, o titular não exerce o direito de ação para exigí-lo. É, portanto, "a perda da ação atribuída a um direito".

Quanto à decadência, ocorre a extinção do direito, ou seja, aquele que antecede ao direito de ação. Diz Clóvis no dito comentário: "*O prazo extintivo opera a decadência do direito, objetivamente, porque o direito é conferido para ser usado num determinado prazo; se não for exercido, extingue-se. Não se suspende, nem se interrompe o prazo; corre contra todos, e é fatal.*"

Outra característica importante para precisar os momentos de ocorrência da decadência e da prescrição é que: a) a decadência se opera na fase de constituição do crédito (art. 173) e b) a prescrição se opera na fase de cobrança (art. 174).

É o artigo 173 do Código Tributário Nacional que determina de forma geral qual o prazo em que se mantém o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, nos termos:

"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."

Mais especificamente com relação a tributo lançado pela modalidade de homologação, que é o caso concreto, deve observar-se o disposto no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional:

"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 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.”

No caso concreto, tratando-se de tributo cuja modalidade de lançamento é a de homologação, aplica-se o disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, de forma que com o decurso do prazo de cinco anos, contados do fato gerador, ocorre a decadência para a Fazenda constituir o crédito tributário.

Observo, porém, que nos termos do artigo 146, inciso III, letra “b”, da Constituição Federal, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Não restam dúvidas, portanto, de que o prazo prescricional e decadencial está adstrito ao disposto no Código Tributário Nacional, não cabendo a legislação ordinária estabelecer critérios a esse respeito.

Por isso, em notícia recente veiculada nos sites do STF e STJ, ambas as casas decidiram que se faz necessária a observância da Lei Complementar para a disposição de prazos para prescrição e decadência, afastando, portanto, a aplicação dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91. Vejamos:

1) STF: 27/08/2007 - 9:00h - Decisão sobre prazo decadencial e prescricional para cobrança de créditos previdenciários

A discussão sobre a constitucionalidade dos prazos decadencial e prescricional de dez anos para apuração, constituição e cobrança dos créditos previdenciários introduzidos pelos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.112/91 foi abordada pelo ministro Marco Aurélio em sua decisão no recurso extraordinário nº 552710.

O ministro Marco Aurélio citou jurisprudência do Supremo no sentido de que as contribuições sociais estão sujeitas às regras constitucionais de que somente lei complementar pode estabelecer normas gerais sobre prescrição e decadência (art. 146, III, ‘b’ e ‘c’, CF/88).

Ao negar seguimento ao RE, o ministro manteve o entendimento do Órgão Especial do TRF da 4ª Região sobre a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.112/91. (...) Grifou-se.

2) STJ: 21/08/2007 - 08h14 - Trecho de lei que dava 10 anos para INSS apurar e constituir créditos é inconstitucional (REsp nº 616.348-MG):

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou inconstitucional o artigo de lei que autorizava o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) a apurar e constituir créditos pelo prazo de 10 anos. Trata-se dos incisos I e II do artigo 45 da Lei n. 8.212/91, que dispõe sobre a seguridade social. De acordo com o relator do recurso especial em que houve a arguição de inconstitucionalidade, ministro Teori Albino Zavascki, as contribuições sociais destinadas a financiar a seguridade social têm natureza tributária. Por isso, caberia a uma lei

complementar, e não ordinária, dispor sobre normas gerais de prescrição e decadência tributárias, tal qual estabelece o artigo 146, III, b, da Constituição Federal.

O entendimento foi seguido, por unanimidade, pelos membros da Corte Especial num julgamento que se iniciou em 7 de dezembro de 2005 e foi encerrado na última quarta-feira, dia 15. O ministro José Delgado chegou a propor que a argüição não fosse conhecida, mas os ministros entenderam que, uma vez proposta, a Corte Especial deve fazer a análise da constitucionalidade sem preocupar-se com qual das partes se beneficiará da eventual declaração. Com a decisão, a retroatividade das cobranças do INSS fica limitada em cinco anos, de acordo com o estabelecido no Código Tributário Nacional (CTN). (...) Grifou-se.

Veja:

RECURSO ESPECIAL Nº 616.348 - MG (2003/0229004-0)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

EMENTA:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Consequentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

2. Argüição de inconstitucionalidade julgada procedente.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de tomar conhecimento do recurso voluntário por ser tempestivo e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO** para reconhecer a ocorrência da decadência.

É como eu voto.

Sala das Sessões, em 29 de janeiro de 2008

MARCIEL EDER COSTA - Relator