



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA**

Processo nº 13805.011911/96-37
Recurso nº 301-126.519 Especial do Procurador
Matéria FINSOCIAL.
Acórdão nº 03-05.884
Sessão de 8 de setembro de 2008
Recorrente Procuradoria da Fazenda Nacional
Interessado RODRIMAR S. A. TRANSPORTES

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1990 a 31/03/1991

FINSOCIAL. EXONERACAO PREVISTA NO ART. 17, III DA MEDIDA PROVISORIA Nº 1110/95. CARACTERIZAÇÃO COMO EMPRESA MISTA. Tendo a contribuinte incluído em suas receitas parcelas provenientes de prestação de serviço e venda de mercadorias, é de ser considerada empresa mista, independentemente das variações no percentual de cada atividade para apuração da receita total.

Recurso Especial da Fazenda Nacional Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os Membros da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial e voto que passam a integrar o presente julgado.

ANTONIO PRAGA - Presidente e Relator

FORMALIZADO EM: 31/12/2008

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Praga, Otacílio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Anelise Daudt Prieto, Judith do Amaral Marcondes, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Nanci Gama e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Trata-se de recurso(s) especial(ais), interposto(s) pela(s) Procuradoria da Fazenda Nacional, com fulcro no art. 7, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 47 de 2008, que foi admitido em relação à(s) seguinte(s) matéria(s): Finsocial – prazo para lançamento de ofício.

O lançamento refere-se aos períodos de apuração de 01/01/1990 a 31/03/1991.

Na sessão plenária de 12/08/04, a PRIMEIRA CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES julgou o Recurso Voluntário nº 301-126519, interposto por RODRIMAR S. A. TRANSPORTES e decidiu: “*Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso*”.

A decisão foi formalizada no Acórdão nº 301-31397, da relatoria do Conselheiro ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, cuja ementa abaixo se transcreve:

“PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - FINSOCIAL - O direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo ao Finsocial, deve seguir as regras de decadência previstas no Código Tributário Nacional, no caso de cinco anos para os fatos geradores ocorridos até a edição da Lei nº 8.212 de 25 de julho de 1991, que passou a ser de dez anos..”

Cientificada do recurso especial, a parte contrária apresentou contra-razões, juntada às fls. não apresentadas fls. 292/295.

É sucinto relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO PRAGA

Recurso preenche condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

DECADÊNCIA PARA LANÇAR O FINSOCIAL

A matéria em debate no Especial cinge-se em saber, por primeiro, se o prazo de decadência para o lançamento do Finsocial, sujeitar-se-ia às regras do CTN, pela sistemática do lançamento por homologação, ou pela regra prevista no Decreto-Lei 2.049 de 1983.

O Parecer "COSIT 58/98" da Receita Federal expressou-se com clareza ao consignar que os dispositivos sobre decadência e prescrição constantes do Decreto 92.698/86 e do Decreto-lei 2.049/83 não foram recepcionados pela CF/88.

Transcrevo parte do citado Parecer COSIT:

".....29. Com relação ao prazo para solicitar a restituição do Finsocial, o Decreto nº 92.698/1986, art. 122, estabeleceu o prazo de 10 (dez) anos, conforme se verificar em seu texto:

Art. 122. O direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de dez anos, contados (Decreto-lei nº 2.049/83, art. 9º).

I - da data do pagamento ou recolhimento indevido;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que haja reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."

30. Inobstante o fato de os decretos terem força vinculante para a administração, conforme assinalado no propalado Parecer PGFN/CAT/nº 437/1998, o dispositivo acima não foi recepcionado pelo novo ordenamento constitucional, razão pela qual o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de valores recolhidos indevidamente a título de contribuição ao Finsocial é o mesmo que vale para os demais tributos e contribuições administrados pelo SRF, ou seja, 5 (cinco) anos (CTN, art. 168), contado da forma antes determinada.

30.1 Em adiantamento, salientou-se que, no caso da Cofins, o prazo de cinco anos consta expressamente do Decreto nº 2.173/1997, art. 78 (este Decreto revogou o Decreto nº 612/1992, que, entretanto, estabelecia idêntico prazo).

De fato é majoritária a doutrina que consagra que a partir da CF/88, de acordo com o disposto no art. 146, inciso III, alínea b, as normas gerais a respeito de decadência ficaram sob a reserva de lei complementar.

A Lei 5.172/66 (CTN) é lei ordinária que foi recepcionada pela Carta Magna com o status de lei complementar, o que vale dizer que qualquer alteração normativa quanto ao disposto no CTN exige a edição de lei complementar.

*Portanto a questão posta de conflito normativo entre a Lei 8.212/91 e o CTN, ou entre o Decreto-lei 2.049/83 e o CTN não se resolve evidentemente pela regra hermenêutica da *lex specialis derogat generali*, mas sim pelo critério da competência legal formal definido na CF.*

O CTN é lei de normas gerais e a disciplina que apresenta para a matéria decadência está regrada exclusivamente nos artigos 150, § 4º e 173.

O prazo do art. 150, § 4º refere-se aos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

A crítica doutrinária a essa figura do autolancamento é por demais conhecida, permitimo-nos rapidamente lembrar tão-somente a crítica contundente de Paulo de Barros Carvalho que denuncia no CTN a equiparação de lançamento a homologação de pagamento, quando se sabe que lançamento é como diria Sacha Calmon Navarro, ato pleno de conteúdo, já a homologação é mera concordância relativa a ato de terceiro (o contribuinte) de natureza satisfativa, isto é, ao pagamento.

De forma que rigorosamente quando se dá o caso em que o contribuinte antecipa o pagamento relativo a certa obrigação tributária, sujeito a

homologação pelo fisco, lançamento não houve. Se a partir do pagamento transcorrerem cinco anos, opera-se a chamada homologação tácita e preclui para a Fazenda a possibilidade de lançamento tributário.

O § 4º dispõe: "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."

A decisão recorrida pretendeu extrair daí pelo menos duas conclusões: a primeira de que a lei ordinária pode fixar prazo à homologação e ao fazê-lo nada impede que determine prazo superior a cinco anos; a segunda de que nos casos de dolo, fraude ou simulação não há prazo, ou seja seria eterna a possibilidade de lançamento nesses casos.

A segunda conclusão se depreende de sua alusão ao art. 45 da Lei 8.212/91.

As conclusões apressadas devem ser rechaçadas, o raciocínio que nos conduz à solução do conflito normativo explicitado combina a competência constitucional endereçada à lei complementar com a constatação da verdadeira ojeriza, repugnância que tem o ordenamento jurídico pelos prazos eternos.

Diz sobre o assunto Sacha Calmon "direitos patrimoniais e potestades administrativas vinculadas não podem subsistir eternamente. É contra a índole do Direito, que não socorre aos que dormem."

A decadência nos limites traçados pelo § 4º do art. 150 está adstrita aos cinco anos contados do fato gerador da obrigação e do crédito; o que ali se expressa é que se não houver lei federal, estadual ou municipal prevendo prazo menor para a efetivação da homologação, o poder da Fazenda de fazê-lo precluirá no prazo de cinco anos conforme definido, o que equivale a dizer que no decorrer daquele prazo estão assegurados ao Fisco a homologação do pagamento antecipado ou o lançamento de ofício quando com o *quantum* recolhido não concorde. Escoados os cinco anos dá-se a homologação tácita e configura-se a decadência do direito de lançar.

Se não houver a antecipação de pagamento, ou se for insuficiente ou ainda se o Fisco verificar a ocorrência de dolo por parte do contribuinte com o objetivo de fraudar o erário ou simular pagamentos dar-se-á então a hipótese prevista e regradada no art. 173, inciso I, onde se define o prazo decadencial para os lançamentos *ex officio*, que é de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Mas, observe-se que na hipótese de a Fazenda antecipar-se ao 1º dia do exercício seguinte, expedindo atos preparatórios do lançamento, o termo de início para a decadência será o da notificação ao contribuinte desses atos, conforme assinalado no parágrafo único do art. 173.

No caso concreto houve antecipação de pagamento para os fatos geradores de Finsocial.

Por todo o exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao Recurso Especial de Divergência da Fazenda Nacional

É assim como voto.

Sala das Sessões, em 08 de setembro de 2008.



Antonio Praga.