



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13807.008288/2001-16
Recurso nº 249.544 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.890 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2010
Matéria PIS - AUTO DE INFRAÇÃO - DECADÊNCIA PARCIAL - MULTA DE OFÍCIO EM FACE DE LANÇAMENTO REALIZADO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA
Recorrente DR. OETKER BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 30/09/1994 a 30/06/1996

AUTO DE INFRAÇÃO. COFINS. DECADÊNCIA. CINCO ANOS.

Nos termos da Súmula Vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal, de 20/06/2008, é inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991. Assim, diante da existência de pagamento antecipado pelo sujeito passivo, a regra que define o termo inicial de contagem do prazo decadencial para a constituição de créditos tributários da Cofins e do PIS/PASEP é a do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, cinco anos a contar da data do fato gerador.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 30/09/1998 a 30/11/1998

AUTO DE INFRAÇÃO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA DE OFÍCIO. NECESSIDADE DE ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES PARA O SEU AFASTAMENTO.

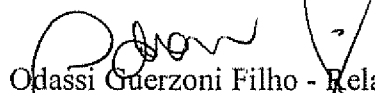
Dentre as regras que permitem o afastamento da exigência da multa de ofício lançada em auto de infração cuja matéria se discute em ação judicial, consta a existência da concessão de medida liminar em sede de mandado de segurança obtida antes do início da ação fiscal. Tendo a ação fiscal sido iniciada antes da obtenção da medida liminar, de se negar o afastamento da multa de ofício. Art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, parágrafo 1º.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em dar provimento parcial ao recurso apenas para declarar a decadência dos lançamentos correspondentes aos períodos de apuração compreendidos entre setembro de 1994 e fevereiro de 1996. Votaram pelas conclusões quanto à decadência os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton César Cordeiro de Miranda.


Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente


Odassi Guerzoni Filho - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Clauter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton César Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

As matérias agitadas pela Recorrente no seu Recurso Voluntário referem-se, inicialmente, à **decadência parcial** do lançamento, visto que, cientificada do auto de infração em 12/07/2001, clama pelo cancelamento da exigência do PIS/Pasep dos períodos de apuração de 30/09/1994 a 28/02/1996, em face do transcurso do prazo de cinco anos fixados pelo § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional. E o segundo tema trazido a este julgamento refere-se à **multa de ofício**, visto que, segundo ela, à época em que fora lavrado o auto de infração, estava albergada por decisão judicial provisória em seu favor, prolatada em 21/06/2001, no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs. 2.445 e 2.449, de 1988, e, sendo a motivação do presente lançamento justamente as diferenças existentes nos recolhimentos em face da não consideração, por parte do Fisco, da chamada “semestralidade da base de cálculo”, deveria, aqui, ser aplicada a regra do artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

É o Relatório, elaborado que foi a partir de arquivo digitalizado e a mim disponibilizado pela Secretaria da 4ª Câmara da Terceira Seção do Carf.

Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 31/08/2007, uma sexta-feira, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 02/10/2007. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Decadência parcial



De esclarecer-se, inicialmente, que os períodos lançados foram os de setembro de 1994 a fevereiro de 1996 e de setembro a novembro de 1998.

Em face da edição da Súmula Vinculante 08 do STF, que considerou inconstitucional o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, os tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do Pis/Pasep, têm como marco inicial para a contagem dos cinco anos de que dispõe a Fazenda Pública para constituir esse tipo de crédito tributário, ou a data da ocorrência do fato gerador ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a contribuição poderia ter sido lançada, a teor dos enunciados constantes, respectivamente, do § 4º do artigo 150, e do inciso I do artigo 173, ambos do Código Tributário Nacional, sendo que a escolha, excludente entre as alternativas, dependerá da existência ou não de pagamento antecipado. Assim, se houver pagamento antecipado, a regra é a do § 4º do artigo 150; caso contrário, a regra é a do inciso do art. 173.

Esse meu entendimento, todavia, não é o que vem prevalecendo neste Colegiado, porém, com a devida venia, penso ser o que se coaduna com a legislação.

Na doutrina, invoco, inicialmente, Luciano Amaro, que, *in* Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, 2005, 11ª ed., p. 409, ensina que, *verbis*, "(...), quando não se efetua o pagamento 'antecipado' exigido pela lei, não há possibilidade de lançamento por homologação, pois simplesmente não há o que homologar; a homologação não pode operar no vazio. Tendo em vista que o artigo 150 não regulou a hipótese, e o art. 149 diz apenas que cabe lançamento de ofício (item V), enquanto, obviamente, não extinto o direito do Fisco, o prazo a ser aplicado para a hipótese deve seguir a regra geral do art. 173, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que (à vista da omissão do sujeito passivo) o lançamento de ofício poderia ser feito".

Sacha Calmon, *in* Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 1999, p. 721, afirma que, *verbis*: "Nos impostos sujeitos a 'lançamento por homologação', contudo – desde que haja pagamento – ainda que insuficiente para pagar todo o crédito tributário – o dia inicial da decadência é o da ocorrência do fato gerador da co-respectiva obrigação, a teor do parágrafo 4º do art. 150, retrotranscrito. É que a Fazenda tem cinco anos para verificar se o pagamento é suficiente para exaurir o objeto da obrigação tributária, isto é, o crédito tributário. Mantendo-se inerte, o Código Tributário Nacional considera esta inércia como homologação tácita, perdendo a Fazenda a oportunidade de operar lançamentos suplementares em caso de insuficiência de pagamento (preclusão. (...))." (grifei)

Nessa mesma linha se posiciona Carlos Mário da Silva Velloso, *in* Decadência e prescrição do crédito tributário..., Revista de Direito Tributário, n. 9/10, p. 184-5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, ao afirmar que a homologação não tem lugar quando inexistente pagamento antecipado, pois o artigo 150, § 4º, só trata da hipótese de ter havido pagamento.

A jurisprudência do STJ é farta nesse mesmo sentido, a exemplo do julgado no REsp 678454/SC, Recurso Especial 2004/0088634-5, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 17/09/2007, p. 211, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL.
DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR
HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO



*CONTRIBUINTE INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN.
RECURSO DESPROVIDO.*

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira: (a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos contados "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"; (b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. 2 Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, deve ser aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN. 3. No caso dos autos, não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, motivo pelo qual a Fazenda Pública estadual lavrou Notificação Fiscal em 25 de janeiro de 1988, pugnando por débitos de ICMS referentes ao período de janeiro de 1982. Assim, o prazo que o Fisco estadual possuía para efetuar o lançamento era até 1º de janeiro de 1988, tendo em vista que, na hipótese, o prazo decadencial de que dispõe a Fazenda Pública para constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, do CTN). Portanto, efetivamente se implementou a decadência, não havendo o que ser reformado no acórdão recorrido. 4 Recurso especial desprovido.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. (grifos meus)

E, no presente caso, em que houve o pagamento antecipado, conforme documentos de fls. 58/60, a regra de contagem do prazo decadencial deve ser buscada no § 4º do artigo 150 do CTN, razão pela qual, em face da ciência do lançamento ter se dado em 12/07/2001, deve ser dado provimento ao recurso de modo considerarem-se atingidos pela decadência todos os fatos geradores anteriores 12 de julho de 1996, que, no caso, são os dos períodos de apuração de setembro de 1994 a fevereiro de 1996.

Multa de ofício diante de medida liminar

O dispositivo legal que a Recorrente pretende ver aplicado para que a multa de ofício calculada sobre o PIS/Pasep dos períodos de apuração de setembro a novembro de 1998 é o art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a seguir transcrito, *verbis*

"Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido



antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo (grifei)

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição “.

Porém, conforme informado pela própria Recorrente, a decisão judicial provisória que obtivera e que lhe garantiria o reconhecimento de que sua situação estaria enquadrada na regra do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional (suspensão da exigibilidade do crédito tributário em face de concessão de medida liminar em mandado de segurança), ocorreu somente em 21/06/2001 (fl. 175), data em que a presente ação fiscal já estava em curso de há muito, visto que iniciada em 1999.

Assim, não restaram completamente atendidas as condições listadas pelo referido art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, especialmente a do seu parágrafo 1º, de modo que não pode aqui ser acolhida a pretensão da Recorrente no sentido de se afastar a exigência da multa de ofício.

Conclusão

Em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para reconhecer a decadência parcial do lançamento nos termos acima propostos.


Odassi Guerzoni Filho

