



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13819.003139/98-38
SESSÃO DE : 18 de março de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314
RECURSO Nº : 125.861
RECORRENTE : TERMOMECÂNICA SÃO PAULO S.A.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

DECADÊNCIA – FINSOCIAL.

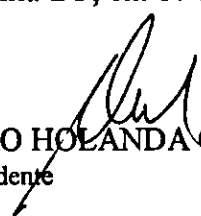
O direito de constituição do crédito tributário pertencente à Fazenda Nacional, relativo ao Finsocial, decai no prazo de 5 anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Inteligência do artigo 150, § 4º do CTN. Observado o artigo 146, III, b, da Constituição Federal.

RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Anelise Daudt Prieto, Carlos Fernando Figueiredo Barros e João Holanda Costa. Os Conselheiros Zenaldo Loibman e Irineu Bianchi votaram pela conclusão.

Brasília-DF, em 18 de março de 2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator *Ad hoc*

Participou, ainda, do presente julgamento, o seguinte Conselheiro: FRANCISCO MARTINS LEITE CAVALCANTE. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ. Fez sustentação oral o advogado Dr. ROGÉRIO SILVA VENÂNCIO PIRES OAB 898/DF.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.861
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314
RECORRENTE : TERMOMECÂNICA SÃO PAULO S.A.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : PAULO DE ASIS
RELATOR *Ad hoc* : NILTON LUIZ BARTOLI

RELATÓRIO

Tem por objeto o presente processo, lançamento de ofício, formalizado pelo Auto de Infração de fls. 01/02; 05/07 e 27, para exigência do tributo Finsocial, por ter sido apurada pela autoridade autuante, falta de recolhimento do referido tributo no período de janeiro de 1992.

Tendo tomado ciência do competente Auto de Infração, o contribuinte apresentou tempestiva impugnação, aduzindo, em síntese, que o direito de constituição ao crédito relativo à competência em referência encontra-se irremediavelmente afetada pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Sua conclusão é de que “o crédito relativo ao FINSOCIAL com competência JANEIRO/92 deveria ter sido definitivamente constituído em cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, ou seja, até 31/01/97. Tendo sido o auto lavrado só agora em 30/11/98, não assiste mais à fiscalização o direito de constituir o indigitado crédito, motivo que por si só já leva ao cancelamento do auto ora impugnado.”

Alega que, apesar de não ter havido o recolhimento do tributo, pela forma antecipada, mas sim depósito judicial da respectiva importância, estaria ainda o direito de constituir o crédito abalado, pelo disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Em socorro aos seus fundamentos, colaciona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Requer o cancelamento do auto de infração impugnado.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, foi exarada decisão indeferindo a pretensão do contribuinte, conforme ementa:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições
Período de apuração: 01/01/1992 a 31/01/1992

• MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.861
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314

Ementa: DECADÊNCIA. O prazo decadencial da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial é de dez anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o crédito poderia ter sido constituído.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

O contribuinte apresenta tempestivo Recurso Voluntário onde vem reiterar os argumentos aduzidos em sua peça impugnatória, no sentido de que, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como o é o Finsocial, o prazo decadencial para que o Fisco possa constituir-los é regido pelo § 4º do artigo 150, do CTN, entendimento manifestado de forma unânime pela doutrina, pelo Poder Judiciário pátrio, também demonstrado pelo Conselho de Contribuintes.

Requer seja acolhido o argumento da decadência, a fim de que seja reformulada a decisão de Primeira Instância, e anulada a autuação fiscal.

Em garantia ao seguimento do Recurso Voluntário, apresenta Arrolamento de Bens, conforme documentos de fls. 60/64 e 72.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 80, última.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.861
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314

VOTO

Apurado estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Diante das circunstâncias fáticas e de direito que se apresentam no presente feito, entendo seja necessária uma análise a respeito do transcurso ou não do lapso temporal que culminaria na decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário ora demandado.

Com efeito, 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. E 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:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.861
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314

“Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito:

...

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

Todos, juizes, advogados e comentaristas, são unânimes em acentuar e estabelecer as diferenças entre a decadência e a prescrição, fato este que nos impõe, inicialmente, distinguir os dois conceitos.

Clóvis Beviláqua, no 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 o exerce o direito de ação para exigi-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.”

O Código Tributário Nacional no art. 156, inciso V, coloca a prescrição e a decadência como modalidades de extinção do crédito tributário.

Aqui também vamos encontrar uma característica importante para precisar os momentos de ocorrência da decadência e da prescrição: 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).

E 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 aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.861
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314

Mais especificamente com relação à 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.”

A respeito do disposto no § 4º do artigo 150 do CTN, trago comentário do ilustre doutrinador Luciano Amaro, que diz que: “A lei só pode fixar prazo menor do que 5 (cinco) anos. (Amaro, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 2ª. ed. Ed. Saraiva, 1998, p. 385).

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

O Supremo Tribunal Federal ao se manifestar sobre a questão:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (CF, art. 146, III, b; art. 149)”. (STF, Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso, jun/1993).

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.861
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314

No presente, 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.

Neste sentido:

“IRPJ. Contribuição Social sobre o Lucro e ILL. Preliminar de Decadência: A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. Por serem tributos cuja respectiva legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, amoldam-se à sistemática de lançamento denominada de homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral (173 do CTN) para encontrar respaldo no § 4º do art. 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador.” (8ª. Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, julho/1997; fonte: Revista Dialética de Direito Tributário nº 26, p. 151)

“DECADÊNCIA. ARTIGO 150, § 4º DO CTN. LANÇAMENTO... O termo inicial da contagem do prazo decadencial para o fisco cobrar eventuais diferenças do tributo recolhido é a ocorrência do fato gerador da exação, na forma do artigo 150, § 4º do CTN. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial, de modo que a concessão de medida liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento. Precedentes do STJ. (...)” (TRF, 2ª. T., unânime, AMS 2002.71.04.000892-8/RS, rel. Des. Fed. Vilson Darós, set/2002).

“TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. (...)” (STJ, 1ª. Seção, unân., EDiv-REsp 101.407/SP, rel. Min. Ari Pargendler, 07/abr/2000).

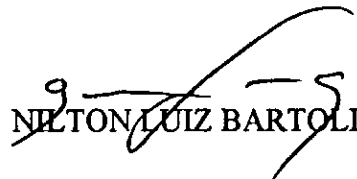
Diante do exposto, tendo o fato gerador, apurado pelo Auto de Infração, ocorrido no período de Janeiro de 1992, quando de sua lavratura já encontrava-se eivado com o instituto da decadência, uma vez ocorrido em 31 de

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.861
ACÓRDÃO Nº : 303-31.314

Novembro de 1998, pelo que, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, no sentido de que seja insubsistente o discutido Auto de Infração.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2004


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator *ad hoc*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 13819.003139/98-38
Recurso nº: 125861

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-31314.

Brasília, 10/08/2004


JOAO HOLANDA COSTA
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em