



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 16327.000930/99-70
Recurso nº 137.310 Voluntário
Matéria FINSOCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº 301-34.022
Sessão de 11 de setembro de 2007
Recorrente SEGURADORA ROMA S/A
Recorrida DRJ/SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

PERÍODO DE APURAÇÃO: 31/12/1990 a 31/03/1992

FINSOCIAL. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O prazo para a Fazenda Nacional constituir o crédito pertinente à Contribuição ao Finsocial é de cinco anos, contado da data de ocorrência do fato gerador, de acordo com o art. 150 do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres, João Luiz Fregonazzi, Susy Gomes Hoffmann, Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente), Patrícia Wanderkoke Gonçalves (Suplente) e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente). Ausente o Conselheiro José Luiz Novo Rossari. Ausente justificadamente o conselheiro Luiz Roberto Domingo. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Diana Bastos Azevedo de Almeida Rosa.

Relatório

Em razão de conter os elementos necessários à compreensão dos fatos e dos fundamentos que permeiam o litígio, adoto o relatório constante da decisão de primeira instância, o qual transcrevo adiante:

“DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Constatação de fls. 55 e 56, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, constatou-se o seguinte:

A contribuinte, juntamente com outras empresas do mesmo conglomerado, ajuizou ação própria para questionar o FINSOCIAL (processo nº 94.01.106193 – DF, TRF 1ª Região), que veio a transitar em julgado, conforme assinala, em 26/08/94, servidor daquele tribunal.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, dirigindo-se ao TRF da 1ª Região, pede, em 22/08/94, a baixa dos autos à Seção Judiciária de origem para fins de execução do julgado nos termos e limites do decisum. Posteriormente, a mesma Procuradoria veio a constatar que os depósitos efetuados em juízo, quando ainda em curso a discussão, vieram a ser levantados em sua íntegra pela contribuinte, dando ensejo ao pedido formulado para que se verificasse a existência de eventuais valores devidos à Fazenda Pública, relativamente à contribuição em apreço.

Mediante intimação fiscal, datada de 30/06/98, a contribuinte entrega à fiscalização os elementos solicitados, donde se evidencia que, no período de 12/89 a 11/90, houve recolhimentos a maior, num total de 175.057,85 UFIR, considerando-se que a decisão do TRF estabelece como limite a alíquota de 0,5% (fls. 1, 2, e 5 a 11).

No período posterior de vigência do FINSOCIAL, ou seja, de 12/90 a 03/92, não houve qualquer recolhimento, sendo que o total atinge, nesse intervalo de tempo, o montante de 155.930,96 UFIR (fl. 4).

Entende a contribuinte que, no balanço final, tem a seu favor um crédito de 19.126,89 UFIR, tendo, inclusive, ação judicial com sentença da 11ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, para compensar esse montante com recolhimentos de COFINS (fl. 4).

A Administração Pública entende que, apesar de ter uma sentença irrecorrível a seu favor, no que diz respeito ao limite de 0,5% na alíquota para a exigência do FINSOCIAL, relativamente ao período de 12/90 a 03/92 há a necessidade imperiosa de se providenciar o lançamento da contribuição, tendo em vista o disposto no artigo 142 do CTN.

Em face do exposto, foi efetuado o seguinte lançamento: vide processo.



DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada do lançamento em 4 de maio de 1999 (fl. 58), a contribuinte, por meio de seu representante, apresentou, em 1º de junho de 1999, a impugnação de fls. 77 a 85, alegando, em síntese:

O CRÉDITO DA RECORRENTE

A autuação é indevida, pois a impugnante é credora de um saldo a compensar, face a decisão judicial proferida pelo Tribunal Federal, que limitou a aplicação da alíquota a tão somente 0,5%.

Evidentemente, a impugnante não procedeu ao recolhimento da contribuição ao FINSOCIAL no período subsequente, pois estaria se aplicando a cláusula "solve et repete", veementemente repudiada pelo legislador civilista.

Face a declaração de inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL, de todo factível que a impugnante não mais procedesse ao recolhimento nos moldes estabelecidos, até porque fizera a maior no período anterior.

Ademais, o TRF da 1ª Região, ao tempo, já lhe garantiu o direito a compensar os valores reconhecidamente tidos como indevidos.

O DIREITO À COMPENSAÇÃO

Com relação ao direito à compensação de tributos recolhidos indevidamente, há que se observar o disposto nos seguintes dispositivos: artigo 66 da Lei nº 8.383/91; artigo 58 da Lei nº 9.069/95; artigo 39 da Lei nº 9.250/95; artigos 6º, §1º, e 73 da Lei nº 9.430/96; Decreto nº 2.138/97; e IN SRF nº 21/97.

Nos termos da legislação supracitada, ao contribuinte, independentemente do crivo do Fisco, é garantido o direito à compensação dos valores que recolheu indevidamente.

Note-se, todavia, que em nenhum momento houve impugnação quanto ao valor objeto de compensação, tendo em vista que foram apresentados todos os documentos comprobatórios do recolhimento efetuado a maior.

Assim, requer a impugnante o cancelamento do Auto de Infração e da imposição de multa.

DO PROCESSO Nº 16327.001264/2003-99

Dos fatos

O processo nº 16327.001264/2003-99 trata da compensação da importância de R\$ 2.700,20, relativa à parcela da COFINS devida no mês 05/99, compensada indevidamente no processo nº 13805.005984/98-98, conforme despacho decisório. Em decorrência,

foi lavrado Auto de Infração do débito, processo nº 16327.001638/2003-76, impugnado pela interessada.

No processo nº 16327.001264/2003-99, de Declaração de Compensação (DCOMP), a interessada objetiva efetivar a quitação do referido saldo devedor da COFINS, com alegado direito de crédito do FINSOCIAL. Nota-se que o processo foi formalizado em 14/04/2003, data anterior ao lançamento de ofício do débito compensado, efetuado em 09/05/2003.

Com base em decisão judicial, que declarou a inconstitucionalidade das majorações de alíquota do FINSOCIAL, e assegurou o direito de compensar os pagamentos excedentes corrigidos pelos índices oficiais com débitos da COFINS, a interessada apurou crédito residual de 19.265,06 UFIR (fl. 115), correspondente à diferença entre o excesso de pagamento de FINSOCIAL referente ao período de 12/89 a 11/90 e os débitos da mesma contribuição do período de 12/90 a 03/92 (objeto do presente processo).

Do Despacho Decisório

Em face do acima relatado, foi proferido Despacho Decisório, juntado às fls. 110 a 112, no seguinte sentido.

Verificou-se a existência de excesso de pagamentos de FINSOCIAL no período de 12/89 a 11/90, utilizado na compensação de débitos do próprio tributo relativos a 12/89 a 03/92.

Conforme cálculo de fls. 134 a 142, os pagamentos efetuados não foram suficientes para a quitação de todos os débitos do FINSOCIAL, remanescendo os débitos relacionados à fl. 134.

Diante do exposto, decidiu-se:

a) pela não homologação da compensação do débito da COFINS, no valor de R\$ 2.700,20, referente ao mês de 05/99, face à inexistência do alegado indébito;

b) pelo cancelamento do débito controlado no processo nº 16327.001264/2003-99, posto que lançado de ofício no processo nº 16327.001638/2003-76.

Da manifestação de inconformidade

Cientificada do Despacho Decisório, contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 145 a 151, alegando, em síntese:

Entre a data do fato gerador da obrigação tributária (12/90 a 03/92) e a constituição do crédito tributário (em 1999), decorreram-se mais de 5 anos, tendo ocorrido a decadência do direito de efetuar o lançamento, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.



Outro ponto que causa espécie é o “cruzamento” entre os procedimentos administrativos. Não é crível que se “misture” os 2 processos, onde, em um busca-se a compensação daquilo que comprovadamente foi recolhido a maior, e em outro, sem qualquer decisão ainda, que, como se viu inclusive, está alcançado pela decadência, discute-se a existência ou não de débito tributário.

Além disso, conforme demonstrado em planilha anexa, os cálculos efetuados pela autoridade administrativa estão em desconformidade com a legislação pertinente.”

O acórdão DRJ/SPOI nº 7.878/05 (fl. 162/130) julgou o lançamento procedente em parte, sintetizando o seu entendimento consoante os termos exarados na ementa adiante transcrita:

“Período de apuração: 31/12/1990 a 31/03/1992

DECADÊNCIA. PRAZO. O direito de constituição do crédito tributário relativo ao FINSOCIAL decai em 10 anos.

FINSOCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO PARCIAL POR COMPENSAÇÃO. Exonera-se a matéria lançada de ofício na proporção do crédito tributário a ser extinto por compensação.

Lançamento Procedente em Parte”

A decisão de primeira instância, de acordo com o entendimento exarado pelo voto vencedor, considerou cabível a manutenção da multa de ofício sobre os valores que permaneceram em aberto, em decorrência do quanto exposto no Despacho Decisório proferido no processo de nº 16327.001264/2003-99.

Bem assim, que os cálculos efetuados pela autoridade tributária no sentido de verificar a suficiência de saldo para análise do pedido de compensação pleiteado pelo interessado, por se encontrar relacionado com a autuação fiscal em razão da não homologação da compensação pretendida, foi correto o procedimento da autoridade administrativa de extinguir o crédito tributário do Finsocial de que trata o presente processo, na exata proporção do valor recolhido a maior em data anterior à autuação, conforme listagem de fls.134.

Quanto aos demais aspectos a decisão reporta-se ao Acórdão nº 7.877 de 12/09/2005, proferido por esta Décima Turma, para julgar procedente em parte o lançamento de fls. 58 a 65, a ser acrescido dos juros de mora previstos em lei.

Ciente da decisão por meio de AR em 16/08/06 (fl. 176), a contribuinte protocoliza o seu recurso voluntário em 14/09/06 (fls. 177/185), portanto, tempestivamente, apresentando relação de bens para arrolamento (fl. 190) a título de prévio depósito recursal, conforme prevê a IN/SRF nº 264/02, para aduzir:

A divergência trazida à apreciação 3º Conselho de Contribuintes diz respeito ao lapso temporal que detém o Fisco para lançar o crédito tributário das contribuições sociais, no caso o Finsocial, cuja decadência se dá com base no art. 146-III, “b” da CF/88, c/c o art. 173-I do CTN, ou seja, no prazo de cinco anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido



efetuado, e, a exoneração da multa de ofício de que trata o art. 90 da MP 2.158-35/01, c/c o art. 18 da Lei 10.833/03, ou seja, da exoneração da aplicação de multa isolada (multa de ofício) em razão da não homologação da compensação, ambas ensejando a reforma da decisão de primeira instância.

Menciona jurisprudência administrativa em favor de sua tese.

Requer a reforma da decisão de primeira instância.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Relator

A matéria sob análise versa sobre contagem de prazo decadencial para a constituição de crédito tributário pela Fazenda Nacional em face da ora recorrente, no período de apuração compreendido entre dez/91 a mar/92, além da incidência da multa de ofício correspondente.

O imbróglio originou-se a partir de Termo de Constatação (fls. 55/56), em razão da Ação Ordinária nº 9401.106193-DF, (TRF 1ª Região), que veio a transitar em julgado em 26/08/94 (fl.), e de Medida Cautelar objetivando a declaração de inexistência da sua obrigação ao recolhimento de Finsocial, decorrente da declaração de inconstitucionalidade pelo STF relativamente à majoração da alíquota superior ao percentual de 0,5% (art. 9º, Lei 7.639/88), havendo sido confirmada a sentença judicial em face da postulante.

A Delegacia Especial das Instituições Financeiras – DEINF/SP constatou, mediante TERMO DE CONSTATAÇÃO (fls. 55/56), a partir de documentos solicitados à contribuinte, mediante intimação fiscal em 30/06/98, observou que no período de 12/89 a 11/90, houve recolhimento a maior num total de UFIR 175.057,85, considerando-se a decisão do TRF que estabeleceu como limite a alíquota de 0,5%, como também que no período posterior à vigência do Finsocial, ou seja, de 12/90 a 03/92, não houve qualquer recolhimento, sendo apurado um débito de 155.930,96 UFIR, resultando num crédito de 19.126,89 UFIR em favor da contribuinte, procedendo ao lançamento para constituição do crédito relativo ao período em que não houve o recolhimento dos tributos devidos, por meio de auto de infração (fls. 57/65).

A contribuinte impugnou o feito argüindo a improcedência do auto e da imposição de multa de ofício e juros de mora, que mesmo não havendo efetuado o recolhimento apontado pela autoridade fiscal, teria um crédito remanescente no valor de 19.126,89 UFIR a compensar, para postular pelo reconhecimento administrativo desse crédito já reconhecido judicialmente, bem como da compensação realizada entre este crédito com débitos próprios - COFINS (Listagem de débitos/saldos remanescentes – CORAT, fls. 134/142).

Em razão de não haver crédito de Finsocial suficiente para solver a pretendida compensação no valor de R\$ 2.700,20, com a Cofins devida no mês de maio/99, foi lavrado auto de infração em 29/04/99 (fl. 58/65), por falta de recolhimento de Finsocial, para a exigência de crédito tributário apurado no valor de R\$ 482.162,73, sendo o mesmo impugnado pela contribuinte (fls. 77/85), que reiterou o seu direito à compensação com fulcro no art. 66 da Lei 8.383/91, com alterações posteriores, no Dec. 2.138/97 e IN/SRF nº 21/97.

Por meio de despacho decisório (fls. 110/112) deixou tal compensação de ser homologada por inexistência de direito creditório, uma vez que o saldo credor remanescente alegado pela recorrente, segundo os documentos apresentados à fiscalização, não foi suficiente para solver o débito existente de Finsocial.



Contra essa decisão a contribuinte **manifestou** a sua inconformidade com fundamento nos arts. 17 e seguintes da Lei nº 10.833/03 (**trata de multa isolada**); e arts. 35 e seguintes da IN/SRF nº 210/02, argüindo que entre a **data da ocorrência** do fato gerador da obrigação tributária (12/90 a 03/92), de acordo com o art. 150, § 4º do CTN, houvera decaído o direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento fiscal.

A decisão de primeira instância prolatada **por meio** do acórdão 7.878/05, (proc. nº 16327.000930/99-70), com fulcro no art. 102-I, **da Dec. 92.698/86** (Regulamento do Finsocial), e no art. 45 da Lei nº 8.212/91 (direito de **10 anos para** constituição do crédito da seguridade social, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído), pronunciou-se pela inexistência de decadência, posto que o direito de lançar o Finsocial decai apenas em dez anos e não em cinco, conforme a pretensão da recorrente.

De igual modo, exonerou o crédito lançado **de ofício** na proporção do crédito tributário a ser extinto por compensação conforme explicitado no quadro de fl. 171 (constante do processo nº 16327.001264/2003-99), devendo o saldo remanescente ser acrescidos dos encargos legais, para prover o lançamento em parte.

A contribuinte persistiu na reforma da **decisão de primeira instância** sob a alegação de haver ocorrido a decadência do direito de **lançamento** com fulcro nos arts. 146-III, 'b', CF/88 e 173-I do CTN, bem assim pela improcedência da aplicação da multa de ofício, que sob a sua ótica foi exigida com base no art. 90 da MP nº 2.158-35/01, a qual foi limitada à imposição de multa isolada em razão da não homologação de compensação declarada pelo sujeito passivo quando restar caracterizada a sonegação fraude ou conluio.

Inicialmente, de acordo como a regra contida no referido artigo 146, III, "b", CF/88, buscou este Julgador orientação na lei complementar, **Lei nº 5.172/66** (com status, de) em seu Livro Segundo, que trata das normas gerais de **Direito Tributário**, especialmente no inciso I do art. 173, o qual estabelece a regra geral sobre **decadência**.

A natureza reconhecidamente tributária da **Contribuição ao Finsocial** é incontroversa, o seu recolhimento se dá sem o prévio **exame da autoridade administrativa**, ou seja, pela antecipação de pagamento, caracterizando-a **assim**, como tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Nesse sentido, literalmente dispõe o art. 150 do **CTN** e, adiante em seu § 4º, encontra-se estabelecida a regra balizadora em relação ao **caso específico**.

Com o advento da Lei nº 8.212, de 24 de **julho de 1991**, que veio a tratar sobre a organização da Seguridade Social, atribuiu-se ao seu art. 45, a **competência** para dispor sobre uma nova regra específica, a saber:

"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após (dez) anos contados:

I. do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II. da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."



Da sistematização realizada, chegou-se ao entendimento de que não haveria incompatibilidade na adoção dessas regras retromencionadas de forma harmonizada, qual seja: até o advento da Lei nº 8.212/91, o critério da contagem do prazo decadencial para o Finsocial era feito pela regra contida no § 4º do artigo 150 do CTN, que era de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Com o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o direito para a constituição dos créditos da Seguridade Social passou a ser de dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Entretanto, em sendo o Direito uma ciência dinâmica, havendo a devida provocação por parte legitimada, sobre o tema “*inconstitucionalidade formal do art. 45 da Lei nº 8.212/91*”, haja vista a sua repercussão na contagem dos prazos de decadência/prescrição e termo a quo, debruçou-se o Superior Tribunal de Justiça na busca da pacificação do conflito instaurado, para em se pronunciando de forma conclusiva, desenhar os contornos da nova jurisprudência a ser adotada pelos aplicadores do Direito em relação a esta questão, consoante em sintetizou os termos da ementa adiante transcrita:

“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. Conseqüentemente, 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. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente. ”

O Exmº Ministro Relator inicia o seu voto mencionando que o dispositivo acoimado de inconstitucional é o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que estabelece em dez anos o prazo para que a Seguridade Social exerça seu direito de apurar e constituir seus créditos, suscitando com isso o incidente de inconstitucionalidade, que foi acolhido por unanimidade pela 1ª Turma, mediante a seguinte fundamentação:

“Mantenho o entendimento da decisão agravada, já que o art. 45, acima transcrito, padece de insuperável inconstitucionalidade formal. Com efeito, no regime da Constituição de 1988, as contribuições sociais, entre as quais as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm natureza tributária. A doutrina, praticamente unânime nesse sentido (Geraldo Ataliba, “Hipótese de Incidência Tributária”, Malheiros, 1996, pág. 116; Ives Gandra da Silva Martins, “As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro”, coord. Hugo de Brito Machado, Dialética, 2003, pág. 339; Wagner Balera, “As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro”, coord. Hugo de Brito Machado, Dialética, 2003, pág. 563; Hugo de Brito Machado, “Curso de Direito Tributário”, 18ª ed., Malheiros, 2000, pág. 339; Roque Antonio Carazza, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, 19ª ed.,

Malheiros, 2003, pág. 461; José Eduardo Soares de Melo, "Contribuições Sociais no Sistema Tributário", 3ª ed., Malheiros, 2000, pág. 72), ganhou a chancela da jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURÍDICAS. LEI 7.689/88. Não é inconstitucional a instituição da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, cuja natureza é tributária. Constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 7.689/88. Refutação dos diferentes argumentos com que se pretende sustentar a inconstitucionalidade desses dispositivos legais.(...) ." (RE 146733-6/SP, Tribunal Pleno, Min. Moreira Alves, DJ de 06/11/1992).

"Imunidade tributária. Contribuições para o financiamento da seguridade social. Sua natureza jurídica. Sendo as contribuições para o FINSOCIAL modalidade de tributo que não se enquadra na de imposto, segundo o entendimento desta Corte em face do sistema tributário da atual Constituição, não estão elas abrangidas pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, d, dessa Carta Magna, porquanto tal imunidade só diz respeito a impostos. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido ." (RE 141715-3/PE, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ 25.08.95).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. EMPRESA DE MINERAÇÃO. ISENÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. DEFICIÊNCIA NO TRASLADO. SÚMULA 288. AGRAVO IMPROVIDO. 1. As contribuições sociais da seguridade social previstas no art. 195 da Constituição Federal que foram incluídas no capítulo do Sistema Tributário Nacional, poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b, do Sistema Tributário, posto que excluídas do regime dos tributos. 2. Sendo as contribuições sociais modalidades de tributo que não se enquadram na de imposto, e por isso não estão elas abrangidas pela limitação constitucional inserta no art. 155, § 3º, da Constituição Federal. 3. Deficiência no traslado. A ausência da certidão de publicação do aresto recorrido. Peça essencial para se aferir a tempestividade do recurso interposto e inadmitido. Incidência da Súmula 288. Agravo regimental improvido ." (AI 174540 AgR/AP, 2ª T., Min. Mauricio Corrêa, DJ 26.04.96).

Ao votar no RE 146733-6/SP, o Min. Moreira Alves, relator, observou:

"Sendo, pois, a contribuição instituída pela Lei 7.689/88 verdadeiramente contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social, com base no inciso I do artigo 195 da Carta Magna, segue-se a questão de saber se essa contribuição tem, ou não, natureza tributária em face dos textos constitucionais em vigor. Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente."



Pois bem, afirmada a natureza tributária da contribuição social, está ela, inquestionavelmente, sujeita ao que dispõe o art. 146, III, b, da CF:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários".

Não há dúvida, portanto, que a matéria disciplinada no artigo 45 da Lei 8.212/91 (bem como no seu artigo 46, que aqui não está em causa) somente poderia ser tratada por lei complementar, e não por lei ordinária, como o foi. Poder-se-ia argumentar que o dispositivo não tratou de "normas gerais" sobre decadência, já que simplesmente estabeleceu um prazo. É o que defende Roque Antonio Carazza ("Curso de Direito Constitucional Tributário", 19ª ed., Malheiros, 2003, páginas 816/817), para quem "a lei complementar, ao regular a prescrição e a decadência tributárias, deverá limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais. Não poderá, por um lado, abolir os institutos em tela (que foram expressamente mencionados na Carta Suprema) nem, por outro, descer a detalhes, atropelando a autonomia das pessoas políticas tributantes (...) Não é dado, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada 'economia interna', vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas (...) Eis por que, segundo pensamos, a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais dependem de lei da própria entidade tributante. Não de lei complementar. Nesse sentido, os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, enquanto fixam prazos decadenciais e prescricionais, tratam de matéria reservada à lei ordinária de cada pessoa política. Portanto, nada impede que uma lei ordinária federal fixe novos prazos prescricionais e decadenciais para um tipo de tributo federal. No caso, para as 'contribuições previdenciárias'".

Acolher esse argumento, todavia, importa, na prática, retirar a própria substância do preceito constitucional. É que estabelecer "normas gerais (...) sobre (...) prescrição e decadência" significa, necessariamente, dispor sobre prazos, nada mais. Se, conforme se reconhece, a abolição desses institutos não é viável nem mesmo por lei complementar, outra matéria não poderia estar contida nessa cláusula constitucional que não a relativa a prazos (seu período e suas causas suspensivas e interruptivas).

Tem-se presente, portanto, no artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 146, III, b, da Carta Magna. Sendo inconstitucional, o dispositivo não operou a revogação da legislação anterior, nomeadamente os artigos 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional, que fixam em cinco anos o prazo de decadência para o lançamento de tributos.



2. Ante o exposto, acolho o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.212/91. É o voto." (Sem destaque no original.

O posicionamento firmado pelo STJ põe termo às controvérsias envolvendo matérias pertinentes à ação do contribuinte visando à repetição de indébitos relativos a tributo sujeito ao lançamento por homologação que doravante adoto.

Assim sendo, em qualquer hipótese, no caso de tributo cujo lançamento se dá por homologação, o prazo para pedir a restituição é de 10 anos e conta-se da data em que foi efetuado o recolhimento indevido, ou seja, deve ser aplicada a tese dos "cinco mais cinco" lastreada na interpretação do CTN, de acordo com os seus artigos 150, § 4º ou 173-I.

No caso *sub judice* o fato gerador da obrigação tributária ocorreu no período de apuração situado entre os meses de dezembro/90 e março/92. Destarte, a Recorrente apenas foi intimada a apresentar documentos pela Delegacia Especial das Instituições Financeiras/8ª RF em 07/05/99 (fl. 01), havendo sido lavrado o auto de infração em 29/04/99 (fls. 58/65).

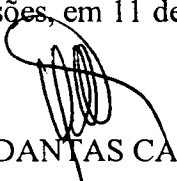
Transcorrido o lapso temporal de mais de cinco anos entre a data de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e a data do início do procedimento fiscal ou mesmo da lavratura do auto de infração deve ser declarada a decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública.

Quanto à incidência da multa de ofício contida no lançamento fiscal efetuado por falta de pagamento de Finsocial, não merece a mesma prosperar eis que havendo sido o lançamento atingido pela decadência, por conseguinte não há multa a ser aplicada em relação a esse lançamento.

Ante o exposto, conheço do recurso por preencher os requisitos à sua admissibilidade para, no mérito, dar-lhe provimento.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 11 de setembro de 2007


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Relator