



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	16327.001353/2004-16
Recurso nº	Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº	9303-003.834 – 3ª Turma
Sessão de	28 de abril de 2016
Matéria	CPMF
Recorrentes	BANCO ALVORADA S/A (SUCESSORA DE BANCO CIDADE LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A) PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 25/06/1999 a 24/09/1999

NORMAS PROCESSUAIS. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA

Aplicam-se, subsidiariamente, ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil, como a do seu art. 485 (antigo 267) que permite o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública ali expressamente enumeradas, entre as quais consta a legitimidade das partes.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 25/06/1999 a 24/09/1999

ERRO NA FIXAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA. INOCORRÊNCIA

O erro na sujeição passiva, regra geral, acarreta nulidade. Todavia, se na data da lavratura do auto de infração, a situação da autuada perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil era **ativa** (CNPJ do Banco Cidade constava como "**ativo não regular**"), aliado ao fato de que incorporada e incorporadora eram do mesmo grupo societário, inclusive, com diretores em comum, não há nulidade no procedimento da Fiscalização em levar a incorporada a figurar no pólo passivo da obrigação tributada, pois, para efeitos fiscais, nessa data, a incorporada ainda respondia por suas obrigações tributárias.

DECADÊNCIA.

Na hipótese em que o pagamento deixa de ser efetuado no prazo legal, a possibilidade de verificar a higidez do pagamento efetuado a destempo e, se for o caso, promover o correspondente lançamento de ofício extingue-se após decorridos cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que tal lançamento poderia ser efetuado. Aplicação do art. 62-A do RICARF e da orientação jurisprudencial assentada no REsp 973.733-SC, submetido ao art.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3^a Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, afastar a preliminar de nulidade do acórdão recorrido, suscitada de ofício pelo Relator. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator) e Rodrigo da Costa Pôssas. Designado para redigir o voto vencedor, nesta parte, o Conselheiro Júlio César Alves Ramos; e, no mérito: i) por maioria de votos, dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Carlos Augusto Daniel Neto, que negavam provimento; e ii) pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso especial do sujeito passivo. Vencidos os Conselheiros Tatiana Midori Migiyama, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Carlos Augusto Daniel Neto, que davam provimento.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Júlio César Alves Ramos - Redator para o acórdão

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama, Júlio César Alves Ramos, Demes Brito, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Valcir Gassen, Rodrigo da Costa Possas, Vanessa Marini Cecconello, Carlos Augusto Daniel Neto e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Tratam-se de recursos de divergência interpostos pelo Sujeito Passivo e pela Fazenda Nacional, por meio dos quais se busca a reforma do Acórdão nº 201-81.308, de 06/08/2008, que recebeu a seguinte ementa, transcrita na fração que interessa ao presente julgamento:

ASSUNTO: CONTRD3UIÇÃO PROVISÓRIA, SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF

PERÍODO DE APURAÇÃO: 25/06/1999 a 24/09/1999

CPMF. DECADÊNCIA. LEI Nº 8212/91. INAPLICABILIDADE. SÚMULA Nº 8 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

É certo que, atualmente, a expedição da Súmula nº 8: "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário", já é suficiente para o cancelamento da autuação dos débitos referentes aos fatos geradores ocorridos em períodos

anteriores a cinco anos de sua ciência. Não apenas em razão de ser vinculante, mas em virtude de reconhecer a total inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Todavia, a aplicação dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 às contribuições sociais, antes mesmo desta declaração de inconstitucionalidade, não poderia ser realizada em virtude da interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico.

NULIDADE. ERRO DE FATO. PESSOA JURÍDICA EXTINTA. INEXISTÊNCIA.

A extinção da sociedade jurídica antes da lavratura do auto de infração não justifica a sua nulidade quando a infração for efetivamente realizada pelo contribuinte autuado, em virtude de este ter dado causa ao fato gerador da CPMF não recolhida.

Devidamente cientificados, as partes manejaram recurso especial de divergência relativo às matérias que se quedaram vencidos. Ou seja, o contribuinte postulou o reconhecimento da ilegitimidade passiva e a Fazenda Nacional, que o prazo decadencial fosse determinado nos termos do art. 173, I, ao invés do art. 150, §4º do CTN.

As duas matérias tiveram seguimento.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

Antes de passar à análise dos recursos entendo relevante debater questão preliminar que, se confirmada, prejudicará o enfrentamento das duas prejudiciais de mérito que são objeto do presente processo.

Com efeito, após comparar as peças que encerram a impugnação, às fls. 210 e seguintes¹, o recurso voluntário, às fls. 445 e seguintes e, finalmente, o segundo recurso voluntário apresentado, às fls. 1093 e seguintes, verifica-se que apenas nesta última foi incluída matéria que é alvo do presente recurso especial². Tanto na peça impugnatória quanto no primeiro recurso não é trazido qualquer reclame acerca de suposto erro na qualificação do sujeito passivo.

Assim, a matéria que se apresenta ao debate passa pela análise de questão processual, qual seja, a possibilidade de as instâncias julgadoras enfrentarem matérias não

¹ Atente-se para o fato de que o presente processo foi digitalizado e, consequentemente, renumerado. Qualquer referência à numeração da folha, salvo ressalva, levará em consideração a numeração digital.

² O acórdão recorrido, esclareça-se, reformou o Acórdão 05-14.438, da DRJ Campinas, expedido em razão da anulação do Acórdão 6.240, da DRJ São Paulo, levada a efeito pelo Acórdão nº 201-78.589, do Segundo Conselho Autenticado digitalmente em 25/07/2016 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 25/07/2016

016 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 09/08/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR

ETO, Assinado digitalmente em 04/08/2016 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Impresso em 11/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

controvertidas, isto é, cujo litígio sequer foi instaurado. Explico, como é de sabença de todos, a fase litigiosa do Processo Administrativo fiscal, nos termos do art. 14 do Decreto 70.235/1972, tem início com a impugnação do lançamento ou com a interposição de manifestação de inconformidade contra despacho que indeferiu pedido do sujeito passivo perante a administração tributária. A seu turno, o art. 17, com a redação dada pelo art. 67 da Lei 9.532/1997³, dispõe que se considera não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada. Para melhor clareza, leia-se os artigos 14, 16 e 17 desse decreto, na parte que interessa a solução desse litígio.

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 16. A impugnação mencionará:

.....
II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (destaque não constante do original). (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

.....
§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).

³ Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997)

• Redação anterior (dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993):

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, admitindo-se a juntada de prova documental durante a tramitação do processo, até a fase de interposição de recurso voluntário.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. Destaquei. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997.)

Como se pode ver, dos dispositivos acima, as normas do Processo Administrativo não deixam margem à dúvida de que o momento oportuno para se trazer as matérias que o sujeito passivo pretenda controverter no contencioso é o da impugnação, não precluindo do direito de o fazer em outro momento.

Voltando aos autos, verifica-se que a questão envolvendo a sujeição passiva não foi impugnada, e com isso, sobre ela não se instaurou o litígio. Assim, não caberia sua discussão na fase administrativa, sob pena de nulidade da decisão que a enfrentar.

Sobre esse tema, esta turma já se manifestou, a exemplo do Acórdão 9303-01.179, referente emanado no julgamento do recurso especial pertinente aos autos do Processo nº 13804.008106/2002-18, em cuja sentada, o Colegiado, por maioria de votos, anulou os atos processuais emanados a partir do acórdão recorrido, inclusive. Vencida a Conselheira Nanci Gama, que negava provimento ao recurso. As conselheiras Maria Teresa Martínez López e Susy Gomes Hoffmann votaram pelas conclusões. Como fui o relator desse caso, e continuo pensando da mesma forma que expus no voto condutor desse acórdão, peço licença para reproduzi-lo aqui como razão de decidir.

Aqueles que navegam no direito subjetivo sabem ou deveriam saber que o mar processual é bravio e desafiador, quase sempre revolto e cheio de ondas e marolas que fazem, muitas vezes o barco perder o rumo. Isso faz com que muitos se percam e não consigam completar a travessia. Mas nem tudo está perdido, os instrumentos de navegação vêm, a cada dia, se aperfeiçoando, de tal sorte, que o barqueiro que os utilizar corretamente, nunca perderá o norte e, facilmente, chegará a um porto seguro. Saindo da linguagem figurada para a real, os instrumentos são os princípios gerais e específicos que norteiam a atividade jurisdicional e, por empréstimo, a "judicante" administrativa. Muitos desses princípios são universais, isso quer dizer que estão presente em todos, ou em quase todos, sistemas jurídicos mundiais. Na maioria das vezes, são eles incorporados à legislação processual e até mesmo à constitucional, tornando-se, portanto, obrigatoriedade sua observância. Nos países, como o Brasil, em que a atividade judicante é dissociada da inquisitorial, um dos pilares da jurisdição é justamente o princípio da iniciativa da parte, cuja origem remonta ao direito romano onde ao juiz era vedado proceder sem a devida provocação das partes. Preditó princípio, versão moderna do ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore, foi consagrado no artigo 2º e, também, no 262, ambos do Código de Processo Civil Brasileiro.

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais

Art. 262 O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Esse princípio tem como corolários (está assentado), dois outros

Documento assinado digitalmente conforme MPRJ 200-216-24/2001
Autenticado digitalmente em 25/07/2016 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 25/07/2

016 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 09/08/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR
ETO, Assinado digitalmente em 04/08/2016 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Impresso em 11/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Código de Processo Civil. Segundo o dispositivo, o julgador deve decidir a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, não lhe sendo permitido perquirir fatos não alegados nem provados por elas. A razão fundamental que legitima o princípio dispositivo é, justamente, a preservação da imparcialidade do julgador que, em última análise, é o pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição.

Em direito probatório, a norma fundamental que confere expressão legal ao princípio dispositivo encontra-se inserta no artigo⁴ 333 do CPC o qual incumbe às partes o ônus da prova do por elas alegado. Para o eminentíssimo processualista⁵ Ovídio A. Baptista da Silva, Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira.

O princípio dispositivo contrapõe-se ao inquisitório onde são dados ao juiz amplos poderes de iniciativa probatória, a exemplo do direito processual espanhol, italiano etc. Entre nós, o princípio inquisitório tem aplicação bastante restrita, circunscrevendo-se às ações que versem sobre direitos indisponíveis, como ocorre nas ações matrimoniais nas quais a lei confere ao magistrado amplos poderes para investigar os fatos da causa. Essa restrição ao princípio inquisitório é necessária, pois, como bem anotou o professor Ovídio Baptista na⁶ obra citada linhas acima, dificilmente teria o julgador condições de manter-se completamente isento e imparcial, se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa probatória.

Outro princípio que norteia a atividade judicante é o da demanda, que vai balizar o alcance da própria atividade jurisdicional. Aqui, o pressuposto básico é a disponibilidade do direito subjetivo das partes, que têm a faculdade de decidir livremente se o exercerá ou se o deixará de exercê-lo. Isso porque, ninguém poderá ser forçado a exercer os direitos que lhe são devidos, tampouco pode-se compelir alguém, contra a própria vontade, a defendê-los perante um órgão julgador, seja ele administrativo ou judicial. Desse pressuposto decorre o princípio, jurisdic平izado pelo artigo 2º do CPC, de que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer.

O princípio da demanda também se encontra positivado nos artigo 128 e 460 do CPC, nos seguintes termos:

⁴O ônus da prova incumbe:

- I- ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁵ Curso de Processo Civil, vol. 01, 5ª ed, rev.. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p 60.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Traçando-se um paralelo entre o princípio dispositivo e o da demanda, tem-se que o primeiro deles preserva o livre arbítrio das partes na determinação das ações que elas pretendem litigar, enquanto o outro define e limita o poder de iniciativa do juiz com relação às ações efetivamente ajuizadas pelas partes.

Esse princípio da demanda apresenta-se em nosso ordenamento jurídico como pressuposto a ser seguido por todo o sistema processual, muito raramente, admite exceções ou algum arrefecimento. A quebra desse princípio é raríssima, ocorrendo mais no processo de falência, e, também, nos casos de jurisdição voluntária.

Como consequência lógica dos princípios dispositivos e da demanda, há o que a doutrina denominou de princípio da congruência (adstrição) ou da correspondência, entre o pedido e a sentença, que impede o julgador de atuar sobre matéria que não foi objeto de expressa manifestação pelo titular do interesse. Por conseguinte, é o pedido que limita a extensão da atividade judicante. Daí, considerar-se extra petita a decisão sobre pedido diverso daquilo que consta da petição inicial. Será ultra petita a que for além da extensão do pedido, apreciando mais do que foi pleiteado. Por fim, é citra petita a decisão que não versou sobre a totalidade do pedido.

Em suma, pelo princípio da congruência, deve haver perfeita correspondência entre o pedido e a decisão. Não sendo lícito ao julgador ir além, aquém ou em sentido diverso do que lhe foi pedido. Em outras palavras, o julgamento da causa é limitado pelo pedido, não podendo o julgador dele se afastar, sob pena de vulnerar a imparcialidade e a isenção, bases em que se assenta a atividade judicante.

Assim, o órgão julgador que vai além da matéria devolvida na peça recursal, indiscutivelmente, viola esses princípios.

Como dito anteriormente, no tocante à questão da comprovação da desistência da execução judicial, bem como da assunção dos honorários advocatícios por parte do sujeito passivo, não houve instauração do litígio, vez que constou do despacho decisório como motivo determinante do indeferimento do direito pleiteado, e não foi contestada na manifestação de inconformidade apresentada à Delegacia de Julgamento. Assim, tornou-se definitiva na esfera administrativa, tal qual posta no despacho decisório. observe-se que essa questão não foi enfrentada pela Delegacia de Julgamento, tampouco, constou do recurso voluntário. O fato de o Procurador da Fazenda Nacional ter

suscitado o assunto por meio de embargos de declaração, não torna a matéria controvertida, posto que, no processo administrativo fiscal, a instauração do litígio é privativa do sujeito passivo, não competindo à Douta Procuradoria tal mister.

Mercece ser lembrado que a instauração do litígio é ao mesmo tempo direito e ônus do sujeito passivo, que se o fizer, deve fazê-lo na primeira manifestação (impugnação ou manifestação de inconformidade), sob pena de preclusão. No caso dos autos, não houve manifestação do sujeito passivo, em suas peças de defesa, em relação à questão da necessidade de comprovação da desistência da execução judicial, bem como da assunção dos honorários advocatícios por parte do sujeito passivo, para poder pleitear a compensação administrativa de créditos oriundos de decisão judicial. Com isso, não há litígio instaurado, e sem esse, não há possibilidade de pronunciamento válido de órgão julgador sobre essa questão.

Diante do exposto, voto no sentido de anular o processo a partir do acórdão recorrido, inclusive, e determinar que outro julgamento seja realizado, observando os princípios norteadores do processo administrativo fiscal, e a vedação de se enfrentar matéria cujo litígio não foi instaurado pelo sujeito passivo.

Vencido na Preliminar de preclusão, que suscitei de ofício, passo a examinar a alegação de nulidade do auto de infração, por erro na sujeição passiva, suscitada pela defesa.

Inicialmente, socorro-me da cronologia dos fatos, anotada no acórdão recorrido:

O Mandado de Procedimento Fiscal iniciou-se em 13/04/2004 (fls. 01/02, vol. I), quando ainda existia validamente o Banco Cidade S/A.

Aos 30/07/2004 foi aprovada pela diretoria do Banco Alvorada S/A a proposta realizada em 29/07/2004 de incorporação do Banco Cidade S/A (Atas das Assembléias Gerais e Extraordinárias às fls. 237/241 e 243/245, vol. II).

Em 30/08/2004 o Banco Alvorada encaminhou ao Banco Central - Bacen os documentos necessários à aprovação das deliberações tomadas em sua Assembléia Geral e Extraordinária (fl. 242, vol. II), enquanto o Banco Cidade tomou estas mesmas providências em 27/08/2004 (fl. 246, vol. II).

À fl. 395, vol. II, consta extrato de consulta de CNPJ aparentemente retirado em 03/12/2004, onde o CNPJ do Banco Cidade consta como "ativo não regular" em razão de restrição por certidão positiva com efeitos de negativa aparentemente apresentada em 10/07/2004. Neste mesmo extrato, à fl. 396, vol. II, consta a informação de que o contribuinte apresentou declaração "especial" em razão do evento de incorporação, onde este teria sido incorporado na data de 30/07/2004.

A fl. 398, vol. II, ainda constando do extrato de consulta de CNPJ, há informação de incorporação, sendo indicado o Banco Alvorada como sucessor e 30/07/2004 como data do evento. Registra-se, ainda, que neste mesmo documento verifica-se que a DIPJ foi entregue em 31/08/2004.

Ainda, à fl. 1.163, vol. VI, constata-se cópia da certidão de baixa de inscrição no CNPJ obtida em 26/10/2006 por consulta à internet, sendo que o documento aponta como data da baixa da inscrição. 30/07/2004.

O auto de infração foi lavrado em 29/09/2004, tendo a contribuinte sido cientificado nesta mesma data.

A questão que se precisa responder aqui, é se a Fiscalização, ao colocar a sociedade empresaria incorporada no pólo passivo do lançamento, ao invés da sociedade incorporadora, inquinou o lançamento de nulidade insuperável. O erro na sujeição passiva, regra geral, acarreta nulidade. Todavia, o caso aqui em análise, tem algumas particularidades que, a meu sentir, afastaria tal vício. Primeiramente, deve-se considerar que, na data da lavratura do auto de infração, a situação da autuada perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil era **ativa não regular**, tal fato pode-se verificar do extrato de consulta de CNPJ, fl. 395, vol. II, retirado em **03/12/2004**, onde o CNPJ do Banco Cidade constava como "**ativo não regular**". Ora, nesse caso, a meu ver, a Fiscalização não se equivocou em levar a incorporada a figurar no pólo passivo da obrigação tributada ora sob exame, pois, para efeitos fiscais, nessa data, a incorporada ainda respondia por obrigações tributária.

Em outro giro, a incorporada e a incorporadora eram do mesmo grupo societário, inclusive, os diretores de ambas eram as mesmas pessoas, como pode-se ver da ata da assembleia que aprovou a incorporação, vejamos:

Banco Alvorada: Milton Almicar da Silva Vargas - Diretor, e Noberto Pinto Barbedo _ Diretor.

Bancocidade Leasing Arrendamento Mercantil S.A.: Milton Almicar da Silva Vargas - Diretor, e Noberto Pinto Barbedo _ Diretor.

Nesse caso, não me parece que a autuação em uma ou em outra sociedade traz qualquer prejuízo, seja processual, seja financeiro. Tanto é verdade, que a impugnação e o primeiro recurso voluntário apresentado pela autuada passaram ao largo dessa questão.

Curioso ainda notar que, em 2006, o patrono da causa pede a juntada de laudo técnico da Lavra da Price Water House Coopers, laudo este de 06 de dezembro de 2005, em nome Banco Cidade Leasing Arrendamento Mercantil.

Nesse contexto, firme no artigo 60 do Decreto nº 70.235, de 1972⁷ e que não restou demonstrada qualquer das hipóteses capazes de atrair a aplicação do art. 59 do mesmo diploma, nego provimento ao recurso especial de divergência.

2.2 - Decadência

⁷ Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sанadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influirem na solução do litígio. Assinado digitalmente em 25/07/2016 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 09/08/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 04/08/2016 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES Impresso em 11/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A segunda prejudicial de mérito é a decadência relativa ao período 25/06/99 a 24/09/99, matéria que é alvo do recurso especial da Fazenda Nacional.

Como se extrai da leitura do acórdão recorrido, decidiu o Colegiado que a inaplicabilidade do prazo decadencial dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 1991 conduziria à aplicação do prazo decadencial consignado no art. 150, § 4º do CTN, sem qualquer indagação acerca da antecipação ou não do recolhimento das Contribuições ou das consequências da ausência de antecipação do recolhimento.

Ocorre que, como é cediço, a partir da edição da Portaria MF nº 586, de 2010, que introduziu o art. 62-A no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009⁸, repetido no atual Regimento Interno do CARF, os julgamentos deverão observar as decisões proferidas em sede de Repercussão Geral e de Recursos Repetitivos, proferidas, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nessa senda, é imperioso que se observe a orientação jurisprudencial assentada no REsp 973.733-SC⁹, em cuja ementa se lê:

EMENTA

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL
REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO
CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO
POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.
DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O
CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I,
DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS
PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN.
IMPOSSIBILIDADE.*

1. *O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

2. *É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e,*

⁸ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. 2.200-2 de 24/08/2001

Documento assinado digitalmente em 24/08/2016

Autenticado digitalmente por ⁹Ministro Luiz Fux, julgado em 12/08/2009. RAMOS, Assinado digitalmente em 25/07/2

016 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 09/08/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR

ETO, Assinado digitalmente em 04/08/2016 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Impresso em 11/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

5. *In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

Assim, considerando que não foi demonstrado qualquer pagamento relativo aos períodos em discussão, em face da orientação jurisprudencial, afasta-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN e aplica-se a sistemática do art. 173, I do mesmo diploma:

Partindo desse pressuposto, o prazo decadencial relativo às contribuições devidas nos períodos 25/06/99 a 24/09/99, iniciaram-se em 1º de janeiro de 2000 e se encerrariam em 31/12/2004. Desta feita, considerando-se que a ciência do auto de infração operou-se em 29/09/2004, de fato, não há qualquer período atingido pela decadência. Devendo, por conseguinte, dar-se provimento ao especial fazendário

Com essas considerações, vencido na preliminar de nulidade do acórdão recorrido, por mim suscitada, voto no sentido de negar provimento ao recurso do Sujeito Passivo e de prover o especial apresentado pela Fazenda Nacional.

Henrique Pinheiro Torres

Voto Vencedor

Designou-me a Presidência para redigir o acórdão quanto ao conhecimento, que o n. relator afastava pelos motivos bem expostos em seu voto, com os quais, em princípio, concordo, já tendo assim votado neste colegiado.

Ocorre que, me pareceu após uma análise mais acurada da situação concreta, em especial após a sustentação oral proferida, que ela difere daquela trazida pelo dr. Henrique. E essa distinção nos pareceu relevante ao ponto de nos afastar da conclusão por ele preconizada.

É que aqui, diferentemente da ocorrida no processo mencionado, tratamos de matéria de ordem pública expressa no § 3º do art. 485 da Lei 13.105/2015 (atual Código de Processo Civil):

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

E assim vem sendo reiteradamente reconhecido pelo e. Superior Tribunal de Justiça, inclusive para afastar a necessidade de prequestionamento. A título apenas ilustrativo, cito:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 490965 PE 2014/0062839-7 (STJ)

AgRg no AREsp 490965 PE

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DISCUSSÃO SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUPOSTO ERRO MATERIAL NO JULGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE) RECONHECIDA EX OFFICIO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VIABILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ART. 267, VI E § 3º, DO CPC. 1. A alegação de que o Tribunal de origem teria incorrido em erro material - ao considerar que houve oposição de Embargos à Execução no caso concreto - não corresponde ao que consta no acórdão, onde ficou registrado apenas que a ilegitimidade da UFPE para figurar no polo passivo já fora reconhecida no julgamento de outros recursos, fundamentação importada in casu. Logo, o fato de em outros casos terem sido opostos Embargos à Execução não afeta a ilegitimidade de parte reconhecida no caso concreto. 2. A esse propósito, o argumento de que o julgamento a quo teria incidido em vício extra petita não prospera, tendo em vista que a ilegitimidade de parte constitui matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício na instância ordinária, ex vi do disposto no art. 267, § 3º;

mesmo por simples petição em Exceção de Pré-Executividade, nada obsta a que seja ela decretada de ofício pelo Tribunal de origem. Precedentes: REsp 818.453/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 02/10/2008, AgRg no REsp 913.384/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/6/2007, DJ 29/6/2007, p. 569. 3. Tampouco há omissão no acórdão de origem, tendo em vista que os inúmeros fundamentos sobre os quais o recorrente postulava esclarecimento diziam, em sua grande maioria, respeito ao mérito do recurso, não se prestando os aclaratórios ao rejulgamento da causa. 4. Por fim, o Recurso Especial efetivamente não merece passagem, tendo em vista que a tese de vulneração aos arts. 499 e 527 do CPC nem ao menos veio acompanhada por fundamentos hábeis a demonstrar de que forma esses preceitos legais teriam sido...

Data de publicação: 25/06/2014

De sorte que, para que pudéssemos deixar de aplicar esse entendimento, necessário explicitar por que o CPC não se aplicaria, ainda que subsidiariamente, ao processo administrativo fiscal, o que não vislumbro no voto do e. relator.

E com essas considerações, acompanhei a posição que admitia o recurso, que restou vencedora sendo esse o acórdão que me coube redigir.

Conselheiro Júlio César Alves Ramos - redator para o acórdão