



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

Processo n° 10980.008815/2001-93
Recurso n° 325.762 Especial do Procurador
Acórdão n° **9303-001.643 – 3ª Turma**
Sessão de 03 de outubro de 2011
Matéria FINSOCIAL
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DIVESA DISTRIBUIDORA CURITIBANA DE VEICULOS S/A

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/1992 a 31/03/1992

FINSOCIAL. DECADÊNCIA.

Tributo sujeito à lançamento por homologação. Inexistência de pagamento antecipado. Art. 173, I do CTN. Vinculação dos conselheiros do CARF às decisões proferidas pelo STF e STJ na sistemática dos artigos 543-B e 543-C do CPC. Art. 62-A do Regimento Interno do CARF (Portaria 249/2009). Súmula Vinculante n° 08 do STF c/c REsp 973.733 do STJ. O direito da fiscalização constituir o crédito tributário referente a tributos sujeitos a lançamento por homologação que não tenham sido declarados nem, tampouco, antecipadamente pagos, decai, conforme o julgamento do STJ proferido nos autos do recurso especial representativo de controvérsia de n° 973.733, em 5 (cinco) anos a contar do exercício seguinte ao fato gerador, em consonância ao que dispõe o artigo 173, I do CTN. Tendo a ciência do lançamento sido em 10/12/2001, decaído encontra-se o direito da fiscalização de constituir créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos entre 31/01/1992 e 31/03/1992.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Nanci Gama - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Luis Eduardo Garrossino Barbieri, Rodrigo Cardozo Miranda, Júlio César Alves Ramos, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Trata-se de resolução, qual seja, a de nº 302-1.542 (fls. 441 a 449), na qual a C. Segunda Câmara do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes resolveu por acolher, por maioria de votos, a preliminar de fato superveniente suscitada pela i. Conselheira Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro que, observando que o acórdão de nº 03-04.986, proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, fora acordado em sessão de julgamento anterior à publicação da Súmula Vinculante nº 08, requereu diligência à esta Câmara Superior para que aludido fato superveniente fosse devidamente considerado no julgamento dos presentes autos.

O acórdão supra mencionado, julgando o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, restou-se assim ementado:

“FINSOCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DECADÊNCIA – O prazo para a Fazenda Nacional lançar o crédito pertinente à Contribuição ao Finsocial é de cinco anos, contado a partir da data da ocorrência do fato gerador, até o advento da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. A partir dessa data passa a ser de dez anos, contado a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o crédito da referida contribuição poderia haver sido constituído.

Havendo o auto de infração sido lavrado em 10.12.2001, deve ser afastada a decadência do Finsocial devido no período de apuração de janeiro a março de 1992.

Recurso especial provido”

Considerando que referido acórdão fora proferido em 22/08/2006 e respaldou entendimento contrário ao que dispõe a Súmula Vinculante de nº 08, apenas publicada em 20/06/2008, a C. Câmara *a quo* entendeu por bem converter o julgamento em diligência à esta Câmara Superior de Recursos Fiscais para que referido acórdão fosse revisado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Nanci Gama, Relatora

Mostra-se relevante a resolução supra relatada, tendo em vista que o auto de infração se reporta a fatos geradores de FINSOCIAL ocorridos em 31/01/1992, 28/02/1992 e 31/03/1992, do qual o contribuinte apenas teve ciência em 10/12/2001.

O artigo 2º da Lei 11.417/2006¹ prevê que os órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal devem proceder à revisão ou cancelamento dos atos administrativos realizados em contrariedade à Súmula Vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual mostra-se inequivocamente relevante a preliminar de fato superveniente suscitada pela Câmara *a quo*, tendo em vista que cabe aos próprios órgãos da administração pública reverem os seus atos de ofício.

O próprio artigo 62-A² do atual Regimento Interno do CARF, qual seja, o aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, prevê que esta Corte Administrativa deve reproduzir as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, sendo mister, portanto, que esta Relatora reproduza integralmente o teor da Súmula Vinculante de nº 08³, a qual respaldou o entendimento do STF de que o artigo 45 da Lei 8.212/91 - que previa o prazo decadencial de 10 (dez) anos contados do exercício seguinte para que a Seguridade Social constituísse seu crédito tributário - é inconstitucional.

Dessa forma, feitas essas considerações acerca da inconstitucionalidade prevista pelo STF e, portanto, inaplicabilidade do artigo 45, I da Lei nº 8.212/91, o qual, inclusive, já foi revogado pela Lei Complementar de nº 128/2008, cabe a esta Conselheira analisar se decaiu o direito da fiscalização constituir crédito tributário de FINSOCIAL no presente caso, em que não houve pagamento antecipado.

Ainda em atenção ao disposto no artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, cabe considerar que esta Câmara Superior de Recursos Fiscais está vinculada a reproduzir integralmente as decisões do Superior Tribunal de Justiça julgadas em sede de recurso especial representativo de controvérsia, razão pela qual é obrigatória a aplicação das regras referentes à decadência previstas no recurso especial representativo de controvérsia de nº 973.733, quais sejam:

“(...) 9. 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,

¹ “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.”

² “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.”

³ Súmula Vinculante nº 08: “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.”

consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incoorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210).”

10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos.

11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar 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 imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal.

12. Por seu turno, nos casos em que inexistente o dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que incoerentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN.

13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer

medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário.

Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170).

14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171).

15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória.(...)" (g.n.)

Dessa forma, considerando que o presente caso se enquadra na regra (i), eis que o FINSOCIAL se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação, e, também, que não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, cabe a aplicação do artigo 173, I do CTN para a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, devendo o mesmo ser contado a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte ao fato gerador.

Assim, tendo a ciência do presente auto de infração sido dada em 10/12/2001 e o termo inicial, para a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, sido dado no primeiro dia útil do exercício seguinte aos fatos geradores ocorridos em 31/01/1992, 28/02/1992 e 31/03/1992, ou seja, em janeiro de 1993, entendo por bem reconhecer a ocorrência da decadência do direito da fiscalização de constituir os valores de FINSOCIAL consubstanciados no auto de infração, eis que o mesmo foi lavrado em data posterior a janeiro de 1998.

Face ao exposto, considerando a competência da administração pública em rever de ofício os seus próprios atos, voto no sentido de rever o acórdão de nº 03-04.986, proferido por esta Câmara Superior de Recursos Fiscais e, em obediência à Súmula Vinculante nº 08, negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

Nanci Gama