

ASSUNTO: Recurso contra decisão do SGE que manteve de Notificação de Lançamento

PAJUÇARA CONFECÇÕES

Processo CVM nº RJ-2002-0104

Trata-se de recurso interposto em 16/10/07, pela PAJUÇARA CONFECÇÕES contra decisão SGE nº 19/2007 relativa ao Processo RJ-2002-0104, fls. 64 e 65.

Em 1ª instância, a Pajuçara alegou que foi indevida a cobrança do crédito tributário, pois o direito de constituir o crédito tributário referente às Taxas dos trimestres notificados teria decaído.

Em sua decisão, o SGE considerou que a CVM adota o entendimento do STJ, segundo o qual é de 10 anos o prazo para constiuição do crédito tributário no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso da Taxa de Fiscalização do MVM.

O presente recurso, por sua vez:

- a. reitera a alegação de que teria operado a decadência em relação aos trimestres notificados;
- b. afirma que restou pacificado no STJ entendimento diverso daquele no qual a decisão SGE se baseou.

#### Entendimento da GAC

#### Do cabimento e outras questões prévias

Preliminarmente, cumpre salientar que o STF, ao apreciar a ADI 1976, na data de 28/03/2007, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 33, § 2º do Decreto nº 70.235/1972, que exigia o arrolamento de bens como requisito de procedibilidade dos recursos administrativos. Assim, e considerando que a referida decisão produz efeitos *erga omnes*, deve o recurso voluntário ser regularmente processado, independente da apresentação de arrolamento de bens. Desta forma, não é aplicável a parte final do § único do art. 25 da Deliberação CVM nº 507/06.

O recurso é tempestivo, pois foi protocolado em 16/10/07, dentro do prazo de 30 dias a contar da data de ciência da decisão de 1ª instância (24/09/07). O signatário do recurso anexou procuração assinada pelo representante legal que consta no cadastro junto à CVM, conforme fl. 12. Restaram assim atendidas as disposições do art. 11, §1º, c/c art. 25, caput, da Deliberação CVM nº 507/06. Desta feita, opinamos pelo conhecimento do recurso.

#### Do Mérito

A decisão SGE se baseou no entendimento segundo o qual, em se tratando de tributos a serem constituídos por lançamento por homologação, inexistindo pagamento, tem o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário. Ressalte-se que este era o entendimento do STJ à época da notificação, conforme se pode verificar na seguinte decisão:

TRIBUTÁRIO - TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA - PRAZO.

Estabelece o artigo 173, inciso I do CTN que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento por homologação poderia ter sido efetuado.

Se não houve pagamento, inexistente homologação tácita.

Com o encerramento do prazo para homologação (05 anos), inicia-se o prazo para a constituição do crédito tributário.

Conclui-se que, quando se tratar de tributos a serem constituídos por lançamento por homologação, inexistindo pagamento, tem o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário.

Embargos recebidos.

(REsp 132.329/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28.04.1999, DJ 07.06.1999 p. 38)

Ocorre que, conforme foi alegado no recurso, há decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em sentido diverso:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO PARA CONSTITUIÇÃO DE SEUS CRÉDITOS. DECADÊNCIA. LEI 8.212/91 (ARTIGO 45).

[...]

8. Com efeito, a Primeira Seção consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, no caso em que não ocorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o poder-dever do Fisco de efetuar o lançamento de ofício substitutivo deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

9. Deveras, é assente na doutrina: "a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173, o que

conduz a adicionar o prazo do artigo 173 - cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado - com o prazo do artigo 150, § 4º - que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do artigo 150, § 4º.

A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica.

Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, § 4º e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos 'cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa'; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

(...) A ilogicidade da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se 'definitivamente extinto o crédito' no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar 'definitivamente extinto o crédito'? Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo." (Alberto Xavier, Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 2ª Edição, págs. 92 a 94).

10. Desta sorte, como o lançamento direto (artigo 149, do CTN) poderia ter sido efetivado desde a ocorrência do fato gerador, é do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao nascimento da obrigação tributária que se conta o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese, entre outras, da não ocorrência do pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, independentemente da data extintiva do direito potestativo do o Estado rever e homologar o ato de formalização do crédito tributário efetuado pelo contribuinte (Precedentes da Primeira Seção: AgRg nos EREsp 190287/SP, desta relatoria, publicado no DJ de 02.10.2006; e ERESP 408617/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 06.03.2006).

[...]

(REsp 761.908/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.12.2006, DJ 18.12.2006 p. 322)

A princípio, faz-se necessário ressaltar que, a despeito de eventual divergência jurisprudencial, isto não permite afirmar que o entendimento no qual se baseou a decisão SGE tenha restado superado. Não obstante, ainda que se entenda por superado o entendimento no qual se baseou a decisão SGE, à época da notificação, aquele prevalecia no Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, somos pelo não provimento do recurso apresentado pela Finansinos

Posto que a presente análise é dotada de fundamentação de teor jurídico, entendemos por bem encaminhá-la a esta douta Procuradoria, a fim de ratificar o entendimento da Gerência de Arrecadação, ou ainda, refutar os argumentos trazidos à baila, bem como manifestar-se livremente, com o escopo de prover o mais amplo e preciso embasamento à decisão em segunda instância.

Após sua apreciação, rogamos seja o processo encaminhado à Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do art. 26 da Deliberação CVM nº 507/06.

Atenciosamente

RAFAEL VIEIRA DE LIMA

Agente Executivo

MARCIO DE BARROS MAIA

Gerente de Arrecadação

De acordo, à PFE,

NOÉ LOUREIRO MADUREIRA

Superintendente Administrativo-Financeiro

Em exercício