

ASSUNTO: Recurso contra decisão do SGE – Taxa de Fiscalização

COMPANHIA AGROPECUÁRIA DO ARAME (incorporadora de SOBERANA AGROINDUSTRIAL SA)

Processo CVM nº RJ-2002-0144

Trata-se de recurso interposto em 29/11/07, pela COMPANHIA AGROPECUÁRIA DO ARAME (incorporadora de SOBERANA AGROINDUSTRIAL SA), contra decisão SGE n.º 17/07, nos autos do Processo CVM nº RJ-2002-0144 (fls 24 a 33), que julgou procedente o lançamento do crédito tributário referente à Notificação de Lançamento 276/32.

Em sua impugnação, a Soberana alegou que foi indevida a cobrança do crédito tributário, pois a taxa de fiscalização da CVM seria inconstitucional.

Na decisão em 1ª instância, não foi acolhida a alegação, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já havia pacificado a questão da inconstitucionalidade da taxa:

Sumula 665

É constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei 7940/1989.

Em grau recursal, a Soberana, resumidamente, alega que:

- a. o recurso deve ser admitido independentemente do arrolamento de bens, diante do julgamento da ADI 1976, que declarou a inconstitucionalidade do §2º, do art. 33 do Dec. 70.235/72;
- b. teria operado a decadência em relação aos trimestres notificados.

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 29/11/07, dentro do prazo de 30 dias a contar da data de ciência da decisão de 1ª instância (31/10/07). Restaram assim atendidas as disposições do art. 11, *caput* e §2º, c/c art. 25, *caput*, da Deliberação CVM nº 507/06. O signatário do recurso anexou procuração e documentos constitutivos, fls. 34 a 61. Restaram assim atendidas as disposições do art. 11, §1º, c/c art. 25, *caput*, da Deliberação CVM nº 507/06.

Verificamos que a recorrente pretende submeter à instância superior matéria nova, não veiculada no bojo de sua impugnação e que, conseqüentemente não foi objeto da apreciação em primeiro grau. Ora, é cediço que um dos efeitos do recurso é o devolutivo, que consiste em transferir para órgão diverso daquele que proferiu a decisão recorrida o conhecimento da matéria impugnada, ou seja, o ordenamento jurídico não admite a supressão de instância. Desta forma, e não sendo veiculada nas razões recursais matéria de ordem pública, sobre a qual a administração deve se manifestar de ofício, opinamos pelo não 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.

(EREsp 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)

Ainda que haja divergência jurisprudencial, o entendimento no qual se baseou a decisão SGE, à época da notificação, prevalecia no Superior Tribunal de Justiça. A este respeito já se manifestou a GJU-3 em despacho nos autos do processo CVM RJ-2002-0104:

[...]

Conforme se depreende dos elementos contidos nos autos, o ato de lançamento do tributo, bem como a firmada pelo SGE se pautaram **em interpretação jurisprudencial emanada do STJ, predominante à época de constituição do crédito.**

A existência de controvérsia jurídica acerca do tema não autoriza a administração pública, por si só, a deixar de constituir o seu crédito tributário.

Inobstante tal fato e em observância ao princípio da segurança jurídica, ao vincular o ato administrativo a uma tese jurídica, **à administração só caberia revê-lo "de ofício" ante manifesta e indiscutível nulidade, que se encontra afastada em razão da existência favorável à constituição do crédito, independente de ser o mesmo majoritário ou não no presente momento.**

Por fim, **só no âmbito do Poder judiciário poderão ser discutidas questões de efeito temporal**, fato este que somado às demais questões ora suscitadas nos fazem opinar pela improcedência da impugnação.

[...]

grifo nosso

Isto posto, somos pelo não provimento do recurso apresentado pela COMPANHIA AGROPECUÁRIA DO ARAME (incorporadora de SOBERANA AGROINDUSTRIAL SA).

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

JULIANA PASSARELLI ALVES
Gerente de Arrecadação

De acordo, ao SGE,
HAMILTON LEAL BRAZ

Superintendente Administrativo-Financeiro