

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CAMARA

PROCESSO Nº : 10845-000597/93-13
SESSÃO DE : 24 de abril de 1996
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028
RECURSO Nº : 117.085
RECORRENTE : MESQUITA S/A TRANSPORTES E SERVIÇOS
RECORRIDA : DRF/SANTOS/SP

FUNDAF

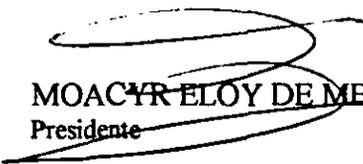
“O fato gerador e a base de cálculo só podem ser definidos por lei. É o princípio da Legalidade que assegura o Estado de Direito. Não se pode admitir que norma inferior institua fato gerador e a base de cálculo”.

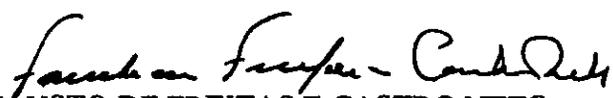
Recurso provido.

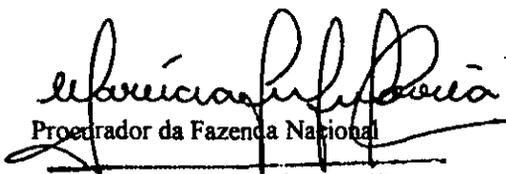
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencida a cons. Márcia Regina Machado Melaré que fará Declaração de Voto, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 24 de abril de 1996


MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente


FAUSTO DE FREITAS E CASTRO NETO
Relator


Márcia Regina Machado Melaré
Procurador da Fazenda Nacional

VISTA EM

20 FEV 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ISALBERTO ZAVÃO LIMA, JOÃO BAPTISTA MOREIRA, LEDA RUIZ DAMASCENO e LUIZ FELIPE GALVÃO CALHEIROS. Ausente a Conselheira: MARIA DE FÁTIMA PESSOA DE MELLO CARTAXO.

RECURSO Nº : 117.085
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028
RECORRENTE : MESQUITA S/A TRANSPORTES E SERVIÇOS
RECORRIDA : DRF/SANTOS/SP
RELATOR(A) : FAUSTO DE FREITAS E CASTRO NETO

RELATÓRIO

Adoto o da decisão recorrida nos seguintes termos:

Consta do presente processo que, após auditoria relativa às contribuições devidas ao FUNDAF, realizada no mês de janeiro de 1993, nas dependências da empresa acima qualificada, foi a mesma intimada a efetuar o pagamento do crédito tributário no valor de 9.646,33 UFIRs, decorrente de insuficiência de recolhimento da contribuição FUNDAF, referente ao mês de novembro de 1992; omissão de receita operacional, de acordo com relatório de fls. 01 do processo.

A defesa apresentada.

Tempestivamente, após ciência dos termos da intimação nº DIVOPA-86/92, fls. 65/66, a empresa apresentou impugnação ao procedimento fiscal, fls. 67/68 e 82/84. Antes no entretanto havia feito esclarecimento e solicitado transmissão de orientação normativa aos auditores fiscais e chefia da DIVOPA.

Alegou em resumo que:

O relatório dos Srs. auditores fiscais submetido a chefia da DIVOPA para deliberação e exame (Notificação nº DIVOPA-86/92 de 17/12/92), foi formulado sem lavratura do respectivo auto de infração na forma determinante do artigo 10 do Decreto 70.235/72; portanto deve ser considerada nula para todos os seus efeitos legais, a notificação;

na condição de Terminal Retroportuário Alfandegado, prestando serviços de armazenagem, é obrigado a efetuar pagamento a terceiros por serviços prestados ao cliente; no caso - capatazias;

discorda dos cálculos para recolhimento da contribuição, baseada na Receita Operacional (IN.45/77), afirmando que, fogem ao conceito de Receita Bruta Operacional, os valores pagos a terceiros a título de capatazias, carregamentos, transportes, etc;

Neto

RECURSO Nº : 117.085
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028

avoca a seu favor a IN. 014/93 em seu art. 3º -I, que determina ser a base do cálculo para recolhimento ao FUNDAF - "o valor das receitas mensais de armazenagem e movimentação interna de carga";

finaliza esperando o cancelamento da Notificação de Lançamento, por considerá-la insubsistente em razão da nulidade quanto à forma invocada, ou mesmo improcedente, face aos argumentos e em decorrência da IN.nº 14/93.

A informação fiscal conclui pela manutenção da ação fiscal. O processo foi julgado por decisão assim ementada:

FUNDAF (Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização) - A base de cálculo da Receita Bruta Operacional Mensal nos Terminais Retroportuários Alfandegados (TRAs) está no presente caso sob regência da Instrução Normativa SRF nº 45/77 em seu item 4; o percentual incide em todo o numerário entrado destinado a realização do serviço; não excluem capatazias e pagamentos a terceiros. A distinção e determinações de cobranças somente sobre serviços internos só acontecem a partir da Instrução Normativa SRF 14/93, entrada em vigor a partir de 01/02/93, posterior aos fatos do presente processo. O fato de serem exclusivamente de ordem prática e operacional, razões pelas quais os entrepostos aduaneiros e TRAs adiantam o pagamento de taxas à CODESP, ratifica o entendimento de que se trata de custo operacional.

ACÇÃO FISCAL PROCEDENTE

Inconformada, a Recorrente, em tempo hábil, interpôs o seu recurso no qual repisa os argumentos de sua impugnação.

É o relatório.



RECURSO Nº : 117.085
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028

VOTO

Quanto à preliminar da nulidade da notificação, por não ter sido lavrado o auto de infração e sim, notificação de lançamento.

Nenhuma razão assiste a essa preliminar.

O art. 10 do Decreto 70.235/72 diz claramente: “A exigência do crédito tributário será formalizada em auto de infração ou notificação de lançamento, distinto para cada produto”.

Rejeito, pois a preliminar.

MÉRITO

Esta Câmara, reiteradamente, tem decidido esta matéria em favor do contribuinte, como é exemplo o acórdão 301-28.022 da lavra da douta conselheira LEDA RUIZ DAMASCENO que passo a transcrever:

“O cerne da questão é a pertinência da ação fiscal que lança crédito tributário concernente à contribuição FUNDAF, nos termos definidos pela IN nº 14/93.

A bem da verdade, as características que envolvem a contribuição, em tela, leva a crer tratar-se de TAXA, mas como tanto a taxa como a contribuição fazem parte da instituição dos TRIBUTOS, necessário se torna uma análise doutrinária e legal sobre os aspectos que revestem a criação de um tributo.

Como é sabido, só a lei pode criar o tributo, essa assertiva é decorrência do princípio da legalidade que garante o estado de direito, conforme nos assegura o artigo 150 da Constituição Federal.

Ora, instituir um tributo não se restringe a criá-lo, mas definir seu fato gerador, sua base de cálculo, o sujeito passivo da obrigação e sua finalidade.

Aliás, o Professor Hugo de Brito Machado, no livro “Curso de Direito Tributário”, fls. 26, “in verbis”:

“Criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que necessita para saber se este existe, qual é o seu valor, quem deve

Duck

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CAMARA

RECURSO Nº : 117.085
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028

pagar, quando e a quem. Assim, a lei instituidora do tributo há de conter:

a) a descrição do fato tributável; (b) a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para estabelecimento do valor do tributo; (c) o critério para identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; (d) o sujeito ativo da relação tributária..”

De todos os itens para a criação deste tributo, apenas a finalidade está prescrita em lei, os demais itens se encontram definidos em Instrução Normativa.

O CTN no artigo 97, inciso I e II é claro quanto ao fato de que o fato gerador e a instituição do tributo deve ser através da lei. Lei no sentido restrito.

O FUNDAF foi criado pelo DL 1.437/75, porém a definição de seu fato gerador, sua base de cálculo e sujeito passivo, estão descritos na IN 14/93.

Admitir-se que o tributo possa ser regulado por norma inferior, que esta possa definir qual o fato gerador do tributo, bem como sua base de cálculo é o mesmo que admitir-se que sejam criados tributos através de normas inferiores, é admitir-se o caos jurídico e olvidar-se do princípio da legalidade.

Isto posto, dou provimento ao recurso, por admitir que o lançamento do crédito tributário, “IN CASU”, é ilegal, tendo em vista que a base de cálculo do tributo e sua regulamentação não foram instituídos por lei.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 24 de abril de 1996


FAUSTO DE FREITAS E CASTRO NETO - RELATOR

RECURSO Nº : 117.085
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de lançamento feito para exigência de diferença de contribuição ao FUNDAF (Fundo de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização), criado pelo Decreto-lei nº 1.437. de 17 de dezembro de 1975, e devida pelo TRA. (Terminal Retroportuário Alfandegado), relativamente aos fatos ocorridos em dezembro/92.

Pretende-se que seja efetuado o recolhimento da FUNDAF também sobre o valor recebido a título de taxa de capatazias, montante este expurgado pelo contribuinte da base de cálculo da exação ao FUNDAF, uma vez que aquela não integraria a sua receita.

O contribuinte aduz que referidas entradas decorrentes das capatazias são diretamente repassados à CODESP, não integrando, assim, a sua receita. Alega, ainda, que através da Instrução Normativa SRF 14, de 25/01/93 restou esclarecido que tal taxa não faz parte da base de cálculo da contribuição devida ao FUNDAF.

Entendo que a questão da FUNDAF deve ser analisada ou sob a égide da Instrução Normativa 45, de 12/07/77 ou sob a égide da Instrução Normativa 14 de 25/01/93, que a modificou, dependendo da data da ocorrência dos fatos.

Inicialmente, contudo, é de se ressaltar que o FUNDAF, criada pelo Decreto-lei 1.437/75 é “destinada a fornecer recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, e atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais.”

Os recursos provenientes do FUNDAF são constituídos de (art. 8º DL 1.437/75):

I - dotações específicas consignadas na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais;

II - transferência de outros fundos;

III - receitas diversas; e

IV - outras receitas que lhe foram atribuídas por lei.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CAMARA

RECURSO Nº : 117.085
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028

Os selos especiais a que se refere o art 46 da Lei 54.502, de 30/11/64 também são receitas do FUNDAF, segundo o artigo 7º do diploma legal citado.

De se ressaltar, ainda, preambularmente, que o Decreto Legislativo nº 22, de 27/08/90, **ratificou o FUNDAF**, para os fins e nos termos do art. 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Quanto a questão de fundo, meu entendimento é de que as taxas de capatazias integram a base de cálculo da exigência da FUNDAF, enquanto em vigor a Instrução Normativa nº 45, de 1977, pois tais ingressos integram a receita operacional bruta do TRA; após, quando já em vigor a IN SRF nº 14, de 01/02/93, os ingressos tidos pelos TRAs a título de capatazias deixam de fazer parte da base de cálculo da exação, posto que não compõem a receita líquida do contribuinte.

A Instrução Normativa nº 45, de 12/07/77 determinou as pessoas sujeitas ao recolhimento da exação e estabeleceu a sua "base de cálculo", como sendo a receita bruta operacional. E todos os ingressos de dinheiro do TRA compõem a sua receita bruta operacional.

Os TRAs ao cobrar do importador os valores repassados à CODESP, faz que eles ingressem em sua receita, emitindo, inclusive, os recibos em seu próprio nome. É, pois, custo operacional do TRA, integrando, portanto, a sua receita bruta operacional, as despesas tidas com capatazias, ainda que repassadas em igual valor à CODESP.

O Parecer Normativo 04/78, inclusive, afirma nesse sentido de integrar a receita bruta operacional os valores cobrados do depositário a título de reembolso de custos operacionais do entreposto, posto que outra coisa não seria do que um componente do preço do serviço.

A base de cálculo da FUNDAF, foi, posteriormente, em 1993, alterada pela IN SRF nº 14. Esta determinou que a base de cálculo da FUNDAF é "**o valor das receitas mensais de armazenagem e movimentação interna de carga.**"

Os ingressos de dinheiro no TRA passaram a não mais fazer parte da base de cálculo da FUNDAF, pois a IN 14 estabeleceu, expressamente, ser **BASE DE CÁLCULO DA FUNDAF** somente as receitas de armazenagem e movimentação interna de carga - Excluíram-se todos os ingressos de dinheiro que compunham a **receita bruta operacional** do TRA.

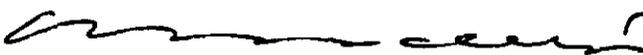
Desta forma, a partir de 1993, não mais integram a base de cálculo da FUNDAF os valores ingressados na receita bruta operacional do TRA recebidos a título de capatazias.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CAMARA

RECURSO Nº : 117.085
ACÓRDÃO Nº : 301-28.028

Assim sendo, por estar o lançamento exigindo, "in casu", diferenças de FUNDAF do período de dezembro/92, Nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões em, 24 de abril de 1996


MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ - CONSELHEIRA