



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10980.001232/00-16
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926
RECURSO Nº : 127.267
RECORRENTE : NEGRESO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
(RESPONSÁVEL, POR INCORPORAÇÃO, PELOS DÉBITOS
DE OELO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA).
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

FINSOCIAL – LANÇAMENTO – DECADÊNCIA

Inaplicável à espécie o art. 45 da Lei nº 8.212/91 que fixa em 10 anos o prazo para lançar as contribuições, prevalecendo, portanto, as normas do Código Tributário Nacional, definidas por forças do art. 146, inciso III, alínea "b" da Constituição Federal. Inaplicável também o prazo fixado no Decreto-lei nº 2.049/83 e no Decreto nº 92.698/86. Tendo ocorrido a decadência do direito do FISCO ao lançamento consubstanciado no auto de infração, argüida em sede de preliminar acolhida, descabe o exame das demais argumentações levantadas, quais sejam a prejudicial relativa ao acordo celebrado pela PFN e sua irretratabilidade, a questão da alíquota do FINSOCIAL e a aplicação da TAXA SELIC.

RECURSO PROVIDO POR MAIORIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Luiz Sérgio Fonseca Soares, relator. Designado para redigir o acórdão o Conselheiro José Lence Carluci.

Brasília-DF, em 02 de dezembro de 2003


MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente


JOSÉ LENCE CARLUCI
Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ e ROOSEVELT BALDOMIR SOSA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.267
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926
RECORRENTE : NEGRESCO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
(RESPONSÁVEL, POR INCORPORAÇÃO, PELOS DÉBITOS
DE OTELO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA).
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR : LUIZ SÉRGIO FONSECA SOARES
RELATOR DESIG : JOSÉ LENCE CARLUCI

RELATÓRIO

O Auto de Infração de fls. 61 decorre da insuficiência de recolhimento do Finsocial, decorrente de mandado de segurança impetrado por sindicato do qual fazia parte, como associada, empresa incorporada pelo sujeito passivo, sendo que o Tribunal considerou constitucional, por unanimidade, o art. 28 da Lei nº 7.738/89 (fl. 25), não sendo aceitos pelo STF os recursos contra esse acórdão.

Por ocasião da conversão dos depósitos em renda, o Sindicato pleiteou o levantamento dos valores excedentes a 0.50%, a serem restituídos a seus associados, o que contou com a concordância inicial da Fazenda Nacional. Posteriormente, a Fazenda Nacional reconsiderou sua posição, em virtude dos pronunciamentos do STF no sentido da constitucionalidade do aumento das alíquotas do Finsocial em relação às prestadoras de serviço, mas o magistrado não deferiu o requerimento de conversão integral dos depósitos, ressaltando o direito de serem cobradas pelo Fisco eventuais diferenças.

Os autuantes explicam, às fls. 70 e 71 como foram calculadas as mencionadas diferenças.

Em impugnação tempestiva (fls. 73 a 83), a Negresco alegou haver decaído o direito da Fazenda relativo aos períodos de 31/12/89 a 31/03/92, discorrendo sobre a questão, sustentando que esse prazo é de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, transcrevendo o artigo 150 do CTN e seu parágrafo 4º e decisões do Conselho de Contribuinte, da CSRF e do STJ.

Acrescentou que, pelo acordo judicial, a Fazenda renunciou expressamente a eventual saldo remanescente, não podendo haver retratação posterior, sendo o pedido nesse sentido rejeitado pela Justiça. Essa mudança afronta o princípio da segurança jurídica.

Discorreu, ainda, sobre a não interrupção ou suspensão do prazo de decadência.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº . : 127.267
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926

Questionou o seu enquadramento como litisconsorte ativa no mandado de segurança, eis que a Oelo Adm. e Participação Ltda. nunca foi afiliada ou associada ao Sindicato.

No mérito, cita ementa de decisão do STF pela inconstitucionalidade da exigência do Finsocial à alíquota superior a 0,5%, mesmo para as empresas prestadoras de serviço.

A DRJ manteve em parte o lançamento, sustentando ser de dez anos o prazo decadencial para o lançamento da contribuição para o Finsocial, demonstrando que a incorporada fez parte do mandado de segurança coletivo. Transcreveu a parte da sentença em que, transcorridos mais de cinco anos do último fato gerador, o juiz afirma que o Fisco deverá cobrar o tributo, caso o STF decida pela constitucionalidade dos dispositivos que majoraram a alíquota do Finsocial, não tendo havido, portanto, homologação tácita da Fazenda quanto à alíquota de 0,5%. Rejeitou a alegação de decadência com base no art. 3º do DL 2.049/83, o qual foi recepcionado pela CF 88, o que foi corroborado pelo Regulamento do Finsocial, aprovado pelo Decreto 92.698/86 art. 102. Citou, ainda, o art. 150, par. 4º do CTN e o art. 45 da Lei nº 8.212/91. Transcreveu ementa de decisões do Conselho e do STJ. Excluiu da exigência fiscal o valor relativo ao período de apuração 12/1989, atingido pela decadência.

Em recurso tempestivo e instruído com depósito, a recorrente reiterou a alegação de decadência, sustentando a inaplicabilidade do Decreto-lei 2.049/83, pois a decadência deve ser disciplinada por lei complementar, como determina a CF/88, art. 146, inciso III, alínea b e porque o CTN, recepcionado com *status* de lei complementar, fixa o prazo de cinco anos. Sustentou, também, que o DL 2.049/83, em seu art. 3º não determina o prazo decadencial de 10 anos, sendo omissivo, o que foi suprimido pelo Regulamento, com ofensa ao princípio da estrita legalidade. Quanto à Lei 8.212/91, art. 45, afirma não ser lei complementar, é posterior aos fatos geradores e aplica-se às contribuições administradas e arrecadadas pelo INSS e cita decisão do Conselho no sentido de sua inaplicabilidade ao Finsocial. Analisa as decisões do Conselho e do STJ sobre a decadência. Repete as alegações quanto à renúncia da Fazenda ao eventual saldo remanescente e quanto à decisão do STF contra a elevação da alíquota. Acrescentou o questionamento do cálculo dos juros pela Taxa SELIC.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.267
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926

VOTO VENCEDOR

Atenho-me em meu voto à análise da preliminar de decadência do direito do FISCO de lançar o tributo consubstanciado no auto de infração lavrado por insuficiência de recolhimento, pois considero suficiente para o deslinde da matéria.

Nessa linha entendo que a contribuição em comento se insere no Título VI – Da Tributação e do Orçamento, no Capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional, arts.145 a 162 da vigente Constituição Federal, especificamente no artigo 149, que prescreve *in verbis*:

“Artigo 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.” (grifei).

O artigo 146, III citado estabelece que cabe à lei complementar, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Combinando os dispositivos acima, com o artigo 194 da C. F. que prescreve:

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Verifica-se que o financiamento da saúde e assistência social é provido pelas empresas mediante a tributação das contribuições sociais instituídas na forma do artigo 149, como tributos e corresponde ao inciso I, alíneas “b” e “c” do artigo 195, tais sejam a COFINS, que sucedeu o FINSOCIAL, a CSLL, o PP, e fazem parte do Sistema Tributário Nacional. Já, as contribuições do inciso I, “a” e II, do mesmo artigo constituem receitas da previdência social, fazendo parte do Sistema Previdenciário, regido pela LOPS, a Lei nº 8212/91 delimitada aos eventos descritos no artigo 201, que foge às regras do Sistema Tributário Nacional.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.267
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926

Dessa feita, inaplicável ao caso, o artigo 45 da Lei nº 8212/91 que fixa em 10 anos o prazo decadencial, prevalecendo, portanto, as normas do Código Tributário Nacional para as contribuições da espécie.

Comungam com essa tese os juristas Vittorio Cassone, ao comentar o artigo 195, da C. F. (Sistema Tributário Nacional, Atlas 1989, p.p. 37 e 38) e Ives Gandra da Silva Martins (Sistema Tributário na Constituição de 1988, Saraiva, 1989, p.p. 124 e segs.).

Além disso no caso dos tributos lançados por homologação a tese prevaiente tanto no âmbito administrativo, quanto no judiciário é a de que, decorridos 5 (cinco) anos da data da ocorrência do fato gerador decai o direito de o FISCO lançar ou rever o lançamento, tendo em vista ter ocorrido a homologação tácita e a condição resolutória inerente a essa modalidade, extinguindo-se o crédito tributário, com o pagamento antecipado. Aplica-se, portanto, ao pleito de restituição, o prescrito no art. 156, inciso VII, do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, ainda vigente e incorporado ao CTN, segundo o qual, todo e qualquer direito contra a Fazenda Nacional Pública, seja qual for a sua natureza, bem assim as dívidas passivas, prescrevem em 5 (cinco) anos da data do ato ou fato, do qual se originaram, quando não se tratar de pleito fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, as normas sobre prescrição e decadências tributárias passaram a ser definidas por lei complementar (art. 146, III, "b").

A Carta Constitucional vigente, em seu art. 149 atribui competência à União instituir contribuições sociais, observado o disposto no seu artigo 146, III.

O FINSOCIAL, instituído pelo Decreto-lei nº 2.049/83, regulamentado pelo Decreto nº 92.698/86, que estabelecia o prazo de 10 (dez) anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de indébito, a partir da vigência da Constituição Federal passou a se amoldar aos ditames do Código Tributário Nacional, que tem o *status* de lei complementar, cujo prazo estabelecido é de 5 (cinco) anos para a prescrição e a decadência. Inaplicável, portanto à referida contribuição o prazo decadencial/prescricional de 10 (dez) anos previsto no Decreto-lei nº 2049/83 e Decreto nº 92.698/86.

Assim, pelos fundamentos acima considero já ter ocorrido a decadência do direito do FISCO ao lançamento do tributo na data do Auto de Infração, e invocada pela recorrente.

O FINSOCIAL foi recepcionado pela C.F./88 conforme se depreende do artigo 56 das DCT sendo, *ipso facto* regrado pelos ditames do Sistema

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.267
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926

Tributário Nacional, com suas regras expressas na Constituição e no Código Tributário Nacional, nelas incluídas os prazos decadenciais e prescricionais, não prevalecendo os prazos fixados no Decreto-lei nº 2049/83 ou na Lei nº 8.212/91.

Tendo decaído o direito de lançar o tributo, acolho a preliminar, descabe o exame das demais argumentações levantadas, tais sejam a prejudicial relativa ao acordo celebrado pela PFN e sua irretratabilidade, a questão da alíquota do FINSOCIAL e a aplicação da Taxa SELIC.

Voto pelo provimento do recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003


JOSÉ LENCE CARLUCI – Relator Designado

RECURSO Nº : 127.267
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926

VOTO VENCIDO

Apresenta a recorrente a preliminar de decadência do direito ao lançamento da Contribuição para o Finsocial, pois a exigência fiscal foi efetuado após o prazo de cinco anos, contado do fato gerador. Entendo, no entanto, que esse prazo é de dez anos.

A jurisprudência do E. Segundo CC não foi uniforme a esse respeito. Há inúmeros acórdãos em que se decidiu pelo prazo decenal, do que são exemplos os Acórdãos 201.4627, 201.4667, 202.11.524, 203.07759 e 203.07813. Há, ainda, decisões do STJ nos dois sentidos.

Quanto à prejudicial relativa ao acordo judicial celebrado pela PFN, e sua irretratabilidade, entendo ser questão já solucionada no âmbito judicial, pois o Juiz Federal indeferiu o pedido de reconsideração da PFN, mas o fez com a seguinte ressalva:

“5. Caso realmente o Supremo Tribunal Federal venha a decidir pela constitucionalidade dos dispositivos legais pelos quais se majorou a alíquota do Finsocial para as empresas prestadoras de serviço, como pensa a Fazenda Nacional, então a solução será o Fisco cobrar o tributo.” (destaquei)

Descabe o pronunciamento quanto à questão da alíquota do Finsocial, eis que objeto de decisão judicial no MS Coletivo nº 89.0001719-9, do qual foi litisconsorte a Oelo Adm e Part. Ltda., incorporada pela recorrente. Mesmo que venha a se consolidar nova orientação jurisprudencial contrária a essa decisão, não afetará ela a coisa julgada, o que constitui uma das garantias do estado de direito, sendo a base do princípio da segurança jurídica.

Em relação à taxa SELIC, é pacífica a jurisprudência desta Câmara e do Conselho pela rejeição dos questionamentos, à vista do disposto no art. 161, par. 1º do CTN, eis que existem as leis mencionadas no Auto de Infração e que, conjugadas com o dispositivo citado, dão base legal para a adoção dessa taxa. A doutrina pátria, embora condenando sua adoção, acata o pronunciamento do STF no sentido de sua legalidade. Trata-se, ademais, de matéria preclusa, eis que não constou de impugnação e, ainda que inexistissem essas razões, descabe o pronunciamento da via administrativa sobre a constitucionalidade dos atos legais, havendo impedimento à extensão de decisões judiciais, pois é necessário um ato de reconhecimento de que a jurisprudência contrária ao entendimento do Fisco consolidou-se, o que não é o caso da decisão singular do STJ mencionada no recurso.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.267
ACÓRDÃO Nº : 301-30.926

Rejeito a preliminar de decadência e a prejudicial de irretratabilidade de acordo judicial e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003



LUIZ SÉRGIO FONSECA SOARES – Conselheiro