



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Recurso nº : 125.686
Acórdão nº : 302-37.064
Sessão de : 13 de setembro de 2005
Recorrente : AVÍCOLA SÃO PEDRO LTDA.
Recorrida : DRJ/SANTA MARIA/RS

FINSOCIAL – DECADÊNCIA

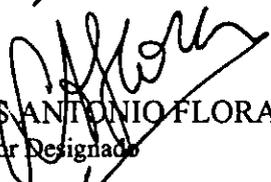
As contribuições sociais, dentre elas referente ao Fundo de Investimento Social, embora não compondo o elenco dos impostos têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com os artigos 146, III, “b”, e da 149 da CF/88, a decadência do direito de lançar as contribuições deve ser disciplinada em lei complementar. A falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, ou de lei anterior percebida pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, acolher a preliminar de decadência argüida pela Recorrente, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Corinto Oliveira Machado, relator, Elizabeth Emílio de Moraes Chierregatto, Mércia Helena Trajano de D’Amorim e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Designado para redigir o acórdão o Conselheiro Luis Antonio Flora.


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício


LUIS ANTONIO FLORA
Relator Designado

Formalizado em: 12 DEZ 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Daniele Strohmeier Gomes e Davi Machado Evangelista (Suplente). Ausente o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Acórdão nº : 302-37.064

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

“Contra a contribuinte foi lavrado o Auto de Infração de fls. 03/04, com os anexos de fls. 05/07, formalizando a exigência da contribuição para o Fundo de Investimento Social-FINSOCIAL, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 2.474,88, relativamente aos períodos de apuração 02 e 03/1992, acrescido da multa de ofício de 75% e juros de mora regulamentares, em consequência de falta de recolhimento, tendo em vista não ter havido depósitos para os períodos que agora são lançados, depósitos estes autorizados no Mandado de Segurança nº 91.0013904-1.

Verificou, também, o autuante, que não houve compensação dos débitos apontados com valores pagos a maior da contribuição em meses precedentes, já que o pedido de repetição de indébito feito ao Poder Judiciário está em fase de precatório.

O FINSOCIAL foi lançado à alíquota de 0,5%, tendo como base legal o art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.940, de 25/05/1982, e os arts. 16, 80 e 83, do Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21/05/1986, havendo ciência em 29/08/2001. Às fls. 12/92, foram anexadas cópias que se relacionam ao Mandado de Segurança nº 91.0013904-1, da 13ª Vara da Justiça Federal em Porto Alegre-RS.

À fl. 94/142 constam cópias de documentos solicitados pelo autuante.

Em 27/09/2001 a contribuinte apresenta a impugnação de fls. 154/164, com o documento de fl. 165, onde traça histórico do lançamento e argüi, em síntese, o que está exposto a seguir:

a) pelos preceitos contidos no art. 173 do CTN, não poderia haver constituição do crédito tributário ora apontado, eis que decaído o direito do fisco à formalização. Faz comentário sobre o CTN, jurisprudência e doutrina;

b) a administração alega que o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, ampliou o prazo decadencial para dez anos. Diz que, para as contribuições previdenciárias, aquele artigo chegou a prever este prazo, mas, para as contribuições, enquanto espécie tributária, o

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Acórdão nº : 302-37.064

prazo é aquele previsto no CTN, que estabelece normas gerais em matéria tributária. Aponta posicionamento de tribunal;

c) a autoridade administrativa, segundo a Lei nº 8.212, de 1991, teria o prazo de dez anos para constituir o crédito tributário, mas, pelas normas do CTN, este prazo é de cinco anos, tecendo comentário acerca da coexistência válida de tais normas. Aponta excerto de doutrinador e da jurisprudência do Poder Judiciário, entendendo decaído o direito da Fazenda Nacional à constituição do crédito tributário, devendo declarar-se a decadência, desconsiderando-se o Auto de Infração;

d) o Auto de Infração identifica fatos geradores inexistentes para a contribuição exigida, visto a inexistência de previsão em lei. Transcreve excertos da doutrina;

e) o Auto de Infração aplica uma excessiva e abusiva multa de 75%, o que caracteriza um efeito confiscatório, citando tese defendida pela Confederação Nacional do Comércio-CNC junto ao STF, baseada no art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Ao final requer:

1. a declaração de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista os dados fáticos e de direito apresentados, além de não preenchimento de requisitos legais;
2. o reconhecimento da decadência dos períodos lançados, tendo em vista a anterioridade a cinco anos;
3. a não inscrição do débito como dívida ativa;
4. a desconstituição do Auto de Infração, tendo em vista a completa ausência de fato gerador, pela inexigibilidade da contribuição nos períodos apontados;
5. a inexigibilidade da cobrança da multa nos patamares propostos.”

A DRJ em SANTA MARIA/RS julgou o lançamento procedente, ementando o acórdão na forma seguinte:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Período de apuração: 01/02/1992 a 31/03/1992
Ementa: PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE.
A apreciação de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.
PRELIMINAR. NULIDADE. ✓

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Acórdão nº : 302-37.064

Para efeitos do Processo Administrativo Fiscal, as hipóteses de nulidade estão tratadas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/02/1992 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Sujeitam-se a lançamento de ofício os valores apurados em decorrência de auditoria fiscal, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário nos termos do art. 142 do CTN.

FINSOCIAL. PRAZO DE DECADÊNCIA.

É de dez (10) anos o prazo decadencial para que o fisco promova o lançamento da contribuição.

MULTA DE OFÍCIO.

Cabível a aplicação da multa de 75% sobre a totalidade da contribuição devida, nos casos de falta de recolhimento.

Lançamento Procedente”.

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário, fl. 177 e seguintes, onde repete alguns argumentos apresentados na impugnação e aduz da necessidade de apreciação da constitucionalidade de lei pelo órgão administrativo.

À fl. 194 consta despacho do e. Segundo Conselho, para cumprir requisitos recursais. Comprovante de depósito à fl. 196. Retorno ao Segundo Conselho, fl. 198, com redirecionamento para este Conselho, fl. 199.

Relatados, passo ao voto. /

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Acórdão nº : 302-37.064

VOTO

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Em preliminar, deve ser enfrentada a questão da decadência. Os fatos geradores são de fevereiro de 1992 a março de 1992, e o auto de infração teve sua ciência em 29/08/2001, portanto, após 5 anos dos fatos geradores, entretanto, em menos de 10 anos dos aludidos fatos geradores, consoante o permissivo legal da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 45, em pleno vigor ao tempo dos fatos geradores da contribuição em tela.

Note-se que o CTN, artigo 150, § 4º, ao fixar o prazo de decadência, fê-lo em caráter suplementar, já que permite ao legislador ordinário estipular prazo diferente. A oração condicional "*se a lei não fixar prazo à homologação*", com que se inicia o § 4º, permite ao legislador ordinário estipular período outro que não o de cinco anos. Pois bem, exercendo aquela permissão, a Lei nº 8.212, de 1991, art. 45, dispõe textualmente:

Art. 45. O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Assim é que o FINSOCIAL, e outras contribuições instituídas para custear a previdência social, contam com prazo de decadência de dez anos. Logo, não há lugar para se cogitar de decadência no caso vertente.

Convém apontar, ainda, que a Lei nº 8.212/91 (Lei de Custeio da Seguridade Social), é uma lei especial relativamente ao CTN (norma geral), e tanto pelo critério cronológico quanto pelo da especialidade aquela merece ser aplicada, em detrimento da lei geral revogada no particular. **Negar vigência à Lei Securitária, a pretexto de esta não estar conforme o mandamento constitucional nº 146, III, "b", implica juízo de valoração constitucional, o que é vedado em nosso sistema jurídico ao julgador administrativo.** Com isso, respondo, também, de forma negativa ao pleito da recorrente, de apreciação da constitucionalidade de lei pelo órgão administrativo. ✓

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Acórdão nº : 302-37.064

DA EXIGIBILIDADE DO FINSOCIAL

A exigibilidade do Finsocial nos meses de fevereiro de 1992 a março de 1992, objeto deste contencioso, está fulcrada no art. 13 da Lei Complementar nº 70/91, que teve sua publicação no DOU de 31/12/1991, in verbis:

“Art. 13. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores àquela publicação, mantidos, até essa data, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982 e alterações posteriores, a alíquota fixada no art. 11 da Lei nº 8.114, de 12 de dezembro de 1990.”

Portanto, a alegação de que o Auto de Infração identifica fatos geradores inexistentes para a contribuição exigida, visto a inexistência de previsão em lei, é de ser afastada por total equívoco, bem como a errônea assertiva de que a COFINS foi exigida desde janeiro de 1992.

DA MULTA DE OFÍCIO

A inconformidade com a aplicação da multa de ofício no percentual de setenta e cinco por cento, ao argumento de que se trata de confisco, merece reprodução do quanto dito pela decisão *a quo*:

“Em relação à questão da multa de ofício, é cabível verificar-se apontamento do renomado jurista De Plácido e Silva, em sua obra “Vocabulário Jurídico”, Rio de Janeiro, Editora Forense, 12ª edição, 1993, volume III, p. 218, quando se refere à multa fiscal:

Seja pela sonegação, pelo retardamento no pagamento do imposto, ou por qualquer outra irregularidade fiscal, a multa fiscal importa sempre numa infração ao regulamento em que o imposto se institui, e salvo o caso da moratória, que se estabelece automaticamente, sempre resulta de um processo fiscal, instaurado pelo auto de infração.

Assim se apresenta com o aspecto de uma penalidade fiscal, a ser cumprida em dinheiro, o que confere com o sentido etimológico de multa.

Considerando-se que a exação se enquadra na modalidade de lançamento por homologação, ou seja, aquela em que à contribuinte a lei determina que calcule o montante devido e promova seu recolhimento, sem qualquer manifestação prévia da autoridade tributária, sujeitando-se a eventual homologação posterior, e verificando-se que a contribuinte não havia recolhido o montante devido, fez-se dever da autoridade competente a constituição do crédito tributário pelo lançamento.

Como a fiscalização somente teve a informação da falta de recolhimento após ter sido a contribuinte intimada a comprová-lo, conforme documento de fl. 10, o modo de proceder ao lançamento somente poderia ser o de ofício. ✓

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Acórdão nº : 302-37.064

Nesta espécie de lançamento, o crédito tributário deve ser acompanhado da multa e dos consectários legais previstos na legislação regulamentadora da matéria, emergindo daí, de forma incontestada, ter o autuante que utilizar-se do princípio da legalidade, de forma estrita, visto que a aplicação da multa no percentual em que foi está regularmente definida em lei.

Assim sendo, como explicitado à fl. 06, a multa de ofício aplicada encontra amparo no art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450, de 23/12/1985; art. 2º, da Lei nº 7.683, de 02/12/1988; art. 4º, inciso I da lei nº 8.218, de 29/08/1991; art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996; e art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, resultando correto o procedimento adotado pela fiscalização.

A título de ilustração, deve-se salientar que a jurisprudência administrativa caminha no sentido do que até aqui foi traçado, conforme se pode ver a seguir:

[...]

MULTA PENAL-Deve ser exigida quando for levado a efeito lançamento “ex-officio”, nos percentuais previstos em lei. Também não se confunde com a multa moratória decorrente de simples atraso no adimplemento da obrigação cumprida espontaneamente.

MULTAS DE OFÍCIO. REDUÇÃO-As multas de ofício a que se refere o art. 44 da Lei nº 9.430/96, aplicam-se retroativamente aos atos ou fatos pretéritos, inclusive aos processos em andamento constituídos até 31/12/93.

(Ementa do Acórdão nº 105-12.262, de 17/03/1998, da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 05/05/1998)”

No vinco do quanto exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de decadência, e no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário aqui em exame.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO – Relator

Processo nº : 13005.000234/2001-48
Acórdão nº : 302-37.064

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luis Antonio Flora, Relator Designado

A questão que me é proposta a decidir cinge-se, exclusivamente, ao fato de se saber se o auto de infração que inaugura este procedimento foi lavrado atempadamente.

A decisão recorrida afastou a decadência sob o entendimento que a autuação foi feita dentro do prazo de 10 anos, conforme estabelecido em legislação específica que menciona (Decreto-lei 2.049/83 e Lei 8.212/91).

No seu apelo recursal a contribuinte invoca em prol de sua defesa o instituto da decadência, consoante visto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Nos casos de pedidos de restituição/compensação do FINSOCIAL tenho me posicionado, reiteradamente, no sentido de que o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário. Para tal refiro-me às regras constantes do Código Tributário Nacional, lei complementar que é.

No caso em questão, primeiramente, reporto-me ao art. 146, III, da Constituição Federal, que, em suma, diz que cabe a lei complementar estabelecer regras gerais em matéria de legislação tributária e, em especial, no tocante a prescrição e decadência.

Diante disso, entendo que a legislação invocada pela ilustre autoridade julgadora de primeiro grau de jurisdição administrativa discrepa do comando constitucional. Ademais, não posso conceber dois pesos e duas medidas, ou seja, cinco anos para restituir e dez anos para cobrar.

Nesse sentido, encontro ressonância nos julgados a seguir transcritos, dentre outros:

FINSOCIAL – DECADÊNCIA.

A contribuição para o Fundo de Investimento Social, instituída pelo Decreto-lei 1.940/82, tem natureza tributária, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, no RE 146.733-9 – SP, o que implica na observância, dentre outras, às regras do art. 146, III, da Constituição Federal de 1988. Desta ✓

Processo n° : 13005.000234/2001-48
Acórdão n° : 302-37.064

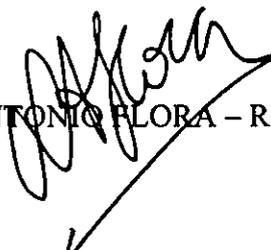
forma, como a contribuição em tela amolda-se ao disposto no art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN), eis que cabe ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a contagem do prazo de caducidade do FINSOCIAL se faz de acordo com o § 4º deste artigo. (Acórdão CSRF 01-04.579, Primeira Turma)

FINSOCIAL – DECADÊNCIA

As contribuições sociais, dentre elas referente ao Fundo de Investimento Social, embora não compondo o elenco dos impostos têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com os artigos 146, III, “b”, e da 149 da CF/88, a decadência do direito de lançar as contribuições deve ser disciplinada em lei complementar. A falta de lei complementar específica dispendo sobre a matéria, ou de lei anterior percebida pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. (Acórdão 303-31.191, 3ª Câmara, 3º CC)

No presente caso verifica-se que autuação extrapolou em muito o prazo de caducidade previsto no Código de Processo Civil, razão pela qual dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005


LUIS ANTONIO FLORA – Relator Designado