



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 13739.000082/94-91
Recurso nº 126.234 Voluntário
Matéria FINSOCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº 301-33.660
Sessão de 27 de fevereiro de 2007
Recorrente COSTAIR SERVIÇOS DE TAXI AÉREO LTDA.
Recorrida DRJ/CURITIBA/PR

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/03/1989

PREScrição INTERCORRENTE. Não se verifica, no curso do processo administrativo fiscal, a prescrição intercorrente, pois as impugnações e recursos, na esfera administrativa, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, 151, III). O prazo prescricional conta-se da constituição definitiva do crédito tributário, quando não couber mais recurso ou tiver ocorrido o decurso do prazo.

NULIDADE.HIPÓTESES. As hipóteses de nulidade do procedimento fiscal estão elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235/72, que consistem em ocorrência de cerceamento do direito de defesa e ato praticado por autoridade incompetente.

FINSOCIAL.CONTRIBUINTEs. As empresas exclusivamente prestadoras de serviço são contribuintes do FINSOCIAL (art. 9 da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990).

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Irene Souza da Trindade Torres, Atalina Rodrigues Alves, Carlos Henrique Klaser Filho e Susy Gomes Hoffmann. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional José Carlos Dourado Maciel.

Relatório

Por oportuno e suficiente à elucidação da lide, adoto o relatório desta Câmara, constante das fls. 135.

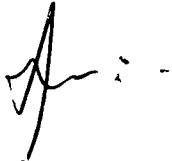
Este Colegiado, naquela ocasião, decidiu por determinar a realização de diligência para verificação da base de cálculo do tributo e a base documental para as conclusões a que chegou o autuante, diligência esta que foi objeto de complementação – conforme resolução de fl. 161 – com resultado final constante à fl. 194, onde a Fiscalização aduz os seguintes elementos:

Declaração do Procurador da empresa de que não conseguiu localizar os livros Diário e Razão, bem como reconhecendo que os demonstrativos utilizados pela fiscalização para o lançamento são considerados verídicos e hábeis para comprovarem as receitas auferidas e declaradas pela empresa;

Cópias de declarações de IRPJ , anexados aos autos, apresentadas pelo mesmo;

Informação fiscal de que a fiscalização procedeu ao confronto dos documentos apresentados na diligência – declarações de IRPJ apresentadas pelo representante da recorrente - e os demais constantes do lançamento, ficando constatado que os demonstrativos utilizados para o lançamento são compatíveis com as receitas brutas declarados.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

As alegações de defesa se resumem em argumentar que:

- a) ocorreu prescrição intercorrente;
- b) a recorrente não realiza operações de venda de mercadorias e, por isso, não está obrigada ao pagamento do FINSOCIAL;
- c) as bases de cálculo adotadas pela fiscalização tomaram por base demonstrativos cuja origem é desconhecida da recorrente, o que se constitui em uma afronta à Lei.

Apreciamos, pois, por partes, peça recursal.

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE:

Neste aspecto, por oportuno, adoto, como razões de decidir, o voto da eminente Conselheira Anelise Daudt Prieto, proferido quando do julgamento dos embargos de declaração no Acórdão nº 303-30.902, o qual transcrevo, a seguir, em excertos:

“(…)

De antemão, posicione-me no sentido de que a prescrição intercorrente não ocorre em processo administrativo fiscal. Se não, vejamos.

A origem da prescrição intercorrente está no processo civil, mais especificamente no CPC, artigo 267, II, que estabelece o término do processo, sem julgamento de mérito, quando ele ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes.

No caso do processo administrativo fiscal, não há que se falar em prescrição intercorrente pois, de acordo com o disposto no CTN, artigo 151, inciso III, suspendem a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo. Se o fisco fica impedido de exigir o crédito tributário, não há como se falar em desleixo. Não há sentido em o fisco ir a juízo para mover uma ação de execução se o crédito não tem certeza, exigibilidade e liquidez.

Nesse sentido, o artigo 174 do CTN estabelece que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva. Tavares Paes esclarece que “A constituição definitiva do crédito tributário se dá quando o lançamento não possa mais ser contestado administrativamente”. (Comentários ao Código Tributário Nacional, 4.^a ed., São Paulo: Malheiros, 1994). Somente com o trânsito em julgado administrativo torna-se possível a impetração de ação para cobrança e, por isso, é a partir desse momento que começa a correr o prazo prescricional.



O Tribunal Pleno do STF no RE 94.462, em sede de embargos ao recurso extraordinário, decidiu:

"Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário. Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do CTN). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que fluia o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência do prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco. É esse o entendimento atual de ambas as turmas do STF. Embargos de divergência conhecidos e recebidos." (ERE n.º 94.462/SP, DJ de 17/12/82, Relator Ministro Moreira Alves)

Na mesma direção tinham caminhado as decisões do STF no RE 91.019/SP, Relator Ministro Moreira Alves, no RE 93.871/SP, Primeira Turma, DJU de 20/10/81, Relator Ministro Neri da Silveira, RE 95.273, DJU de 27/10/81, Segunda Turma, Relator Ministro Djaci Falcão e no RE 93.749/RJ, DJU de 02/04/82, Primeira Turma, Relator Ministro Neri da Silveira, no RE 93/SP, de 27/10/81, Segunda Turma, Relator Ministro.

Em 27/04/84 foi publicada, ainda, a decisão da Segunda Turma no Agravo Regimental 96.616/RJ, cujo Relator era o Ministro Francisco Rezek, com a seguinte ementa:

"Tributário. Prescrição e Decadência. No intervalo entre a lavratura do auto de infração e a decisão definitiva de recurso administrativo de que tenha se valido o contribuinte não corre ainda o prazo de prescrição (CTN, art. 151, III) tampouco o de decadência, já superado pelo auto, que importa lançamento do crédito tributário."

Estou de pleno acordo com Antonio da Silva Cabral (op. cit. p. 240/241) ao afirmar que com esse entendimento o STF terminou com a chamada prescrição intercorrente em processo administrativo fiscal:

"A doutrina do STF pode ser assim sintetizada: I - só se pensa em decadência se ainda não houve lançamento; caso contrário, o prazo será de prescrição; II - ocorrerá a prescrição, por sua vez: a) no caso de a Fazenda não cobrar o crédito constituído definitivamente pelo escoamento do prazo para o contribuinte interpor qualquer recurso, prazo este que, atualmente, está fixado em cinco anos após a constituição definitiva do crédito tributário; b) no caso de a Fazenda não cobrar o crédito tributário no quinquênio que se suceder à decisão do recurso administrativo.

Com este entendimento, o STF disse claramente não admitir a tese daqueles que querem ver ocorrida a decadência, na hipótese de a administração não julgar os recursos apresentados pelo contribuinte, no prazo de cinco anos, a partir da ocorrência do fato gerador ou a partir do momento em que, por lei, poderia ter efetuado o lançamento;

deixou de lado, igualmente, a tese daqueles que pretendem ver ocorrida a prescrição caso decorram cinco anos, após a apresentação da impugnação, sem que a Fazenda tenha julgado qualquer recurso administrativo.”

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o real alcance do disposto no artigo 174 do CTN, no julgamento do RESP 239106/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 24/04/00:

“Tributário. Artigo 174 do CTN. Constituição definitiva do crédito. Prescrição. Dies a quo. A constituição definitiva do crédito tributário se dá quando não mais cabível recurso ou após o transcurso do prazo para a sua interposição na via administrativa. Precedentes. Recurso Especial a que se dá provimento”.

A jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes tem sido, também, no sentido da impossibilidade da ocorrência da prescrição intercorrente no decurso do procedimento administrativo fiscal. Assim decidiu o Primeiro Conselho nos acórdãos 108-06853, 103-19862, 101-93264, 108-06878, 107-06597, 106-12670, 108-06046, 108-06734, 105-12943, 105-13406, 105.12694, 105-13710, 105-12944, 108-06328, 108-06062, 108-06706, 108-06058, 108-06736, 108-06731, 108-06751, 108-06060, 106-10689, 108-06816 e 102-42693 e o Segundo Conselho com os acórdãos 201-72035, 203-04404 e 203-02815, 201-73615 e 202-07929.

Transcrevo, a seguir, as ementas de alguns desses julgados, ou excertos das mesmas:

“PREScriÇÃO INTERCORRENTE. O prazo prescricional conta-se da constituição definitiva do crédito tributário. A definitividade da constituição ocorre quando não cabe recurso ou pelo transcurso do prazo. Havendo a suspensão da exigibilidade do crédito, não ocorre a prescrição”. (Acórdão 105-13710, de 22/01/02)

“IRPF. DECADÊNCIA/PREScriÇÃO. Existente o crédito tributário, não há que se falar em decadência. A prescrição intercorrente também inexiste. Ela só pode ocorrer quando cabível a ação de execução, adequada para a cobrança do crédito tributário, a Fazenda Nacional tiver ingressado em juízo e descurar-se de ato processual que deva praticar, mantendo-se inerte por mais de 05 anos, de acordo com o artigo 174 do CTN”. (Acórdão 102-42693, de 18/02/98)

“(...) DECADÊNCIA. A decadência só é admissível no período anterior à lavratura do Auto de Infração, uma vez que, com essa lavratura, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do CTN), não havendo, pois, que se falar em decadência. Não se configura, no curso do processo administrativo fiscal, a prescrição intercorrente, pois as impugnações e recursos, na esfera administrativa, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, 151, III) e o prazo prescricional não flui em obséquio ao princípio da “actio nata”, que comanda o instituto da prescrição, enquanto pendente o recurso administrativo. (...)”. (Acórdão 201-72035, de 15/09/98)

“PRELIMINAR. PREScriÇÃO INTERCORRENTE. Rejeita-se a tese exposta face ao entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal

Federal (RE 94.462/SP, de 06/10/82)". (Acórdão 101-93264, de 09/11/00)

À vista do exposto, considero que não existe fundamento legal para a declarar a ocorrência de prescrição intercorrente no curso do processo administrativo fiscal e rejeito a preliminar.

(...)"

DOS DEMONSTRATIVOS UTILIZADOS PARA A AUTUAÇÃO;

A diligência solicitada, cujo resultado consta da fl. 194, foi conclusiva e põe fim a quaisquer dúvidas sobre a pertinência dos valores objeto do lançamento, bem como traz a concordância da própria empresa quanto ao demonstrativo inicialmente adotado pelo Fisco, ressaltando-se que foi apurada compatibilidade entre os valores da bases de cálculo do lançamento e os valores contidos nas declarações de IRPJ apresentada pela contribuinte.

Desta forma, sem maiores delongas, caem por terra todas as argumentações presentes na peça recursal – neste ângulo do litígio – em vista das próprias declarações da contribuinte.

Não há – com base no artigo 59 do Decreto 70.235/72 – como se falar em nulidade do auto de infração, pelas razões expostas.

DAS ALEGAÇÕES ACERCA DA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE OU NÃO DO FINSOCIAL:

Bem enfrentou a questão, a decisão recorrida.

A contribuinte, como ela própria o declara, é empresa especializada na prestação de serviços na área de transportes aéreos – taxi aéreo, conforme art. 3º do Contrato Social – fl. 51.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1-PE, o Supremo Tribunal Federal em decisão considerou inconstitucionais as majorações da alíquota da contribuição ao Finsocial, nos percentuais excedentes a 0,5%, para as empresas comerciais e mistas (Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 9º). O caso em tela não corresponde a esta hipótese.

A Medida Provisória nº 1.110 dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição com Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição relativamente a contribuição ao FINSOCIAL exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no art. 9 da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990.

Por outro lado, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 31, de 08 de abril de 1997, explicita:

"Art. 1º - Fica dispensada a constituição de créditos da Fazenda Nacional relativamente:

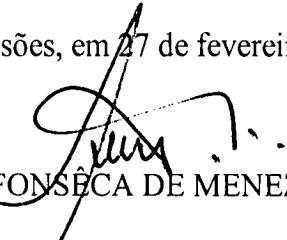
III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nº 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

Art. 2º - Ficam os Delegados e Inspetores da Receita Federal autorizados a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria de que tratam os incisos I a VI do artigo anterior, para fins de alterar total ou parcialmente os respectivos créditos da Fazenda Nacional." (grifos acrescidos)

Ora, não sendo o caso da recorrente se enquadrar como empresa comercial ou mista, é devida a contribuição, com base nas considerações feitas.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2007


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator