



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13805.004924/95-88
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.217 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de julho de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - FINSOCIAL
Recorrente NESTLE BRASIL LTDA ATUAL DENOMINAÇÃO DE
NESTLÉ S.A. INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/03/1991 a 31/03/1991

FINSOCIAL APURADO À ALÍQUOTA SUPERIOR À 0,5%.
APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 17 DA MP 1.110, DE 30 DE
AGOSTO DE 1995. ATUAL ART.18 DA LEI Nº 10.522, DE 19 DE JULHO
DE 2002. DESCONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
LANÇADO.

A dispensa de constituição do crédito tributário ou a autorização para a sua
desconstituição, se já constituído, previstas no art. 18 da Medida Provisória
nº 2.176-79/2002, convertida na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002,
somente alcançam a situação de créditos tributários ainda não extintos pelo
pagamento.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar
provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva (Presidente); Gileno Gurjão Barreto (vice presidente); Alexandre Gomes; Fabíola Cassiano Keramidas; Paulo Guilherme Deroulede e Maria da Conceição Arnaldo Jacó

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 6ª Turma da DRJ/SP1 a qual, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, nos termos do Acórdão nº 16-22.529, proferido em 20 de agosto de 2009, consoante se demonstra pela ementa a seguir transcrita:

“ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1991

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial.

MULTA DE OFÍCIO.

Somente o depósito judicial integral do montante discutido em juízo faria com que o lançamento da multa de ofício fosse indevido.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Em 26 de julho de 1995 foi lavrado, contra a NESTLE BRASIL LTDA ATUAL DENOMINAÇÃO DE NESTLE INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA, empresa acima identificada, o Auto de infração por processo eletrônico, para exigência da diferença da Contribuição, devida e não recolhida aos cofres público, no qual o autuante aplicou a alíquota de 2% sobre o faturamento apurado no mês de março de 1991, mas deduziu do valor apurado o valor recolhido sob a alíquota de 1,2% e aplicou sobre a diferença assim apurada a multa de ofício e juros de mora, calculados até 26/07/95.

No termo de Verificação de e-fl. 24, o autuante esclarece que:

“1.No decorrer dos trabalhos da auditoria fiscal iniciada na empresa supra identificada em 28.06.94 e reiniciada em 11.07.94, verificamos que a mesma recolhera através de DARF, em 15.04.91, a Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, referente ao período de apuração de março de 1.991, dividindo-a em duas alíquotas, ou seja, fazendo incidir a alíquota de 1,27. sobre o faturamento de 01 a 13 de março (Cr\$12.011.663.913,75), e a alíquota de 27. sobre o faturamento de 14 a 31 de março (Cr\$19.760.550.606,56), sob a alegação de que, sendo o seu faturamento "diário", a alíquota de 2%, majorada pela MP. 279/90, publicada em 13.12.90, não podia ser aplicada até 13.03.91 uma vez que no havia se

esgotado ainda, o prazo constitucional de noventa dias, exigido para sua vigência.

Assim, deixou de recolher 0,008% sobre Cr\$12.011.663.913,75.

2. Verificamos ainda, que em data de 14.05.91, a mesma empresa impetrara, através do Processo 91.0065377 -2, mandado de segurança com pedido de liminar, a fim de assegurar respaldo judicial ao seu procedimento. Entretanto, o M. Juízo da 5ª Vara Federal em São Paulo, que liminarmente concedera a segurança e autorizara o depósito da quantia em litígio, julgou improcedente a segurança e cassou a medida liminar, em sentença de 21.02.92. A impetrante apelou, encontrando-se o processo em grau de recurso junto ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região .

3. Verificamos mais, que em data de 04.10.91 a fiscalizada depositara à ordem da Justiça Federal, a importância de Cr\$183.587.325,28 correspondente a 0,008% sobre Cr\$12.011.663.913,75 ou seja, Cr\$96.093.311,31, acrescidos da TRD acumulada relativa ao período de 16/abril a 04/outubro/91; deixou de depositar, entretanto, a multa de mora de 20%. (vinte por cento) devida sobre o valor do tributo, desde o dia seguinte ao do seu vencimento (Instrução Normativa SRF/PGFN 1/80 e Ato Declaratório CSAr 23/89) no total de Cr\$19.218.662,26. Tal fato torna o depósito efetuado, inepto para suspender a exigibilidade do crédito tributário, porque feito em desacordo com o disposto no item II do artigo 151 do Código Tributário Nacional, que o exige integral.

4. Por outro lado, cassada a liminar, e tendo a apelação no mandado de segurança apenas efeito devolutivo, torna-se, por mais essa razão, exigível o crédito tributário, agora ao desabrigo do artigo 151, Item IV, do C.T.N.

5. Assim, considerando que o procedimento adotado pela fiscalizada e descrito no item "I" deste termo, não encontra amparo legal nem é reconhecido como correto, tanto na esfera administrativa como na judicial ,conforme já decidiu o Juízo singular; que o depósito efetuado foi insuficiente e no integral; que a medida liminar foi cassada, e que a apelação interposta tem apenas efeito devolutivo, não se tendo notícia, na certidão exibida, de que tenha sido recebida com efeito suspensivo, fatos esses que colocam a fiscalizada ao desamparo do disposto nos Itens I e IV do artigo 151 do C.T.N. e tornam exigível o crédito tributário, será emitido auto de infração por processo eletrônico, para exigência da diferença da Contribuição devida e não recolhida aos cofres públicos, conforme acima descrito.”

0 contribuinte apresentou impugnação de e-fls. 33/38, em 24/08/94, alegando em síntese, conforme se extrai do relatório do Acórdão nº 16-22.529 da 6ª Turma da DRJ/SP1:

“4.1.aplicou a alíquota de 1,2% sobre o faturamento apurado entre 01/03/91 a 13/03/91, pois neste período encontrava-se sobre a vacatio legis constitucional, e a partir de 14/03/91 até

31/03/91 passou a aplicar a alíquota de 2%, pois este foi o termo inicial da majoração da alíquota do FINSOCIAL;

4.2.a Lei nº 8.147/90 seria inconstitucional;

4.3.segundo determinação do STF o FINSOCIAL deveria ser calculado à alíquota de 0,5%;

4.4.nos termos da Constituição Federal a instituição das contribuições sociais deve obedecer a vacatio legis nonagesimal; que majorou a alíquota do FINSOCIAL de somente poderia ser aplicada a partir de 14/03/91;

4.6.em 04/10/91 depositou em juízo a diferença de alíquota entre 1,2% e 2%, assim não deveria ser aplicada a multa de ofício;

4.7.requer seja julgado improcedente o auto de infração”.

Por ser pertinente, transcreve-se abaixo trechos do voto proferido pela autoridade julgadora de 1ª instância administrativa:

“(…);

14. Como se vê, a mesma matéria discutida nos autos foi levada à ap Poder Judiciário, ou seja, a exigência do FINSOCIAL à alíquota de 1,2% ao invés da alíquota de 2% no período de 01/03/91 a 13/03/91.

15. Segundo dispõem o artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/79, e o artigo 38, parágrafo único da Lei 6.830/80, a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

16. Nesse sentido, foi expedido o ADN nº 3/96, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, esclarecendo que:

‘a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente a autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto’

17. Com efeito, a coisa julgada proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal brasileira, que adota o modelo de jurisdição una, na qual são soberanas as decisões judiciais.

18. Em consequência, o órgão de origem deverá proceder conforme disposto na letra • "d" do ADN-COSIT nº 3/96:

‘o processo será encaminhado para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTIV; e estando a exigibilidade suspensa por liminar em Mandado de Segurança ou depósito do montante integral, deverá aguardar o pronunciamento judicial.’

19. Portanto, nos termos do texto normativo acima reproduzido, eventual revisão de ofício com adaptação da coisa julgada, deverá ser efetuada pelo órgão preparador.

20. Ocorre que o contribuinte também discute em sua impugnação outras matérias que não foram levadas à apreciação do Poder Judiciário e deverão ser enfrentadas.

21. O contribuinte entende que deveria ser aplicada no cálculo do FINSOCIAL à alíquota de 0,5% conforme posição exarada pelo STF.

22. De fato, atualmente é pacífico o entendimento de que no período em tela a alíquota para fins de cálculo do FINSOCIAL deveria ser de 0,5%.

23. Ocorre que o contribuinte ao levar ao conhecimento do Poder Judiciário a discussão acerca da alíquota a ser empregada para fins de cálculo do FINSOCIAL, no período de 01/03/91 a 13/03/91, abriu mão de discuti-la na esfera administrativa, que conforme anteriormente relatado deverá simplesmente obedecer a decisão judicial final.

24. O art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001, dispensa a aplicação da penalidade nas hipóteses em que a exigibilidade estiver suspensa por medida liminar concedida em mandado de segurança ou em outras espécies de ação judicial (art. 151, incisos IV e V do CTN).

25. No caso em estudo a liminar que favorecia o contribuinte foi cassada pelo juízo "a quo" ao negar a segurança em 21/02/92. Portanto, ao tempo do início do procedimento fiscal que ocorreu em 28/06/94 o contribuinte não possuía liminar que o favorecesse.

26. A Administração esclareceu que a existência de depósito judicial integral também afastaria a aplicação da penalidade de ofício, nos termos do Parecer nº 02, de 05/01/99 da Coordenação de Tributação da SRF:

'SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. INAPLICÁVEL MULTA DE OFÍCIO.

É incabível o lançamento de multa de ofício na constituição, para prevenir a decadência, de crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa, inclusive na hipótese de depósito do seu montante integral.'

27. O impugnante afirma que em 04/10/91 depositou em juízo a diferença de alíquota entre 1,2% e 2%, assim não deveria ser aplicada a multa de ofício.

28. Segundo consta do Termo de Verificação de fl. 17 o depósito efetuado foi insuficiente, pois não foi acrescido da multa de mora, apesar de o depósito ter sido efetuado em atraso à data de

4/10/91 (fl. 13) e o vencimento do tributo ter ocorrido em 15/04/91.

29. De fato, sobre recolhimentos em atraso há que se acrescer a multa que não foi observado pelo interessado. Assim, há que se preservar o lançamento da multa de ofício.

30. Em face do exposto, voto no sentido de julgar improcedente a impugnação apresentada, mantendo integralmente o crédito tributário lançado de ofício.”

Por meio da Intimação nº 1345/2010 a contribuinte foi cientificada em 21/07/2010 (AR e-fl. 93) do Acórdão da DRJ e, inconformada, interpõe Recurso Voluntário (e-fls. 96/100) em 20/08/2010, na qual insiste em seus argumentos de defesa, no sentido de que o STF reconheceu a incidência do FINSOCIAL à alíquota de 0,5% até a edição da Lei Complementar 70/91. E aduz que, “recolheu, no período em comento, o FINSOCIAL à alíquota de 1,2% tendo depositado a diferença entre a referida alíquota, e aquela instituída pelo Fisco - 2,0%, e considerando que o STF reconheceu que o FINSOCIAL era devido à alíquota de 0,5%, resta claro que a Recorrente nada ficou devendo União Federal, tendo, inclusive, recolhido um valor a maior da contribuição ao FINSOCIAL no período em questão. Menciona e transcreve o disposto no art. 18 da Lei nº 10.522 de 19/07/2002”.

Requer que sejam acolhidas totalmente as razões expostas no presente Recurso Voluntário, para o fim de julgar improcedente o Auto de Infração em referência, determinando seu imediato arquivamento.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído.

É o relatório.

Voto

Conselheira MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade. Por isso, acolho-o.

Verifica-se que a decisão da DRJ/SP1 ora recorrida declarou a concomitância e respectiva renúncia na esfera administrativa sobre a questão atinente à suposta aplicação indevida da alíquota de 2%, majorada pela MP. 279/90, publicada em 13.12.90, sob o fundamento de esta não poder ser aplicada até 13.03.91, sobre o faturamento “diário” da empresa, uma vez que não havia se esgotado ainda, o prazo constitucional de noventa dias, exigido na CF para sua vigência.

Desta forma, o cerne da lide reside na possibilidade de se aplicar, ou não, no caso concreto, o entendimento de que, no período questionado (março de 1991), o FINSOCIAL era devido à alíquota de 0,5%, consoante reconhecido pelo o STF no RE nº 150.764-1/PE, de 16/12/92, e, ainda, a aplicação do disposto no art. 18 da Lei nº 10.522 de 19/07/2002.

DO HISTÓRICO LEGISLATIVO

Sabe-se que o Finsocial foi criado em 1982, a partir da cobrança de 0,5% sobre o faturamento bruto das empresas. De 1982 a 1991, a alíquota sofreu majorações (Leis

nºs 7738/89, 7787/89, 7894/89 e 8147/90), alcançando um percentual de 2% a partir do período de apuração de março de 1991.

Diversos contribuintes contestaram os aumentos de alíquotas em âmbito judicial e, em 16 de dezembro de 1992, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 150.764/PE, em sede de controle difuso, declarou a inconstitucionalidade da norma que majorou a alíquota da Contribuição para o FINSOCIAL, afastando a exigência do adicional para as empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, mantendo a alíquota de 0,5%.

É sabido que no Brasil, as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade dos preceitos normativos, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio (Teori Albino Zavascki (Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 30).

Como também se sabe que, de acordo com o art. 52, X, da CF/88, compete privativamente ao Senado Federal "*Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*".

Conforme registrado no Parecer PGFN nº 3401, de 31/10/2002, no que atine à declaração de inconstitucionalidade da norma que majorou a alíquota da Contribuição para o FINSOCIAL, acima mencionada, o Senado não conferiu eficácia erga omnes à decisão do Supremo, proferida no RE 150.764/PE, tendo o relator, Senador Amir Lando, justificado a posição contrária à suspensão dos dispositivos invalidados, afirmando que:

"É incontestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando erga omnes, trará profunda repercussão na vida econômica do País, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido da recuperação da economia nacional. Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de seis de seus membros contra cinco, demonstrando, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico".

Por sua vez, o art. 77 da Lei nº 9.430/96 dispôs, *in verbis*:

"Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais."

Com base nessa autorização, o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.346/97, estabelecendo os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em relação a decisões judiciais, e assim determinando em seu art. 1º:

"Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.' (grifei)

Neste sentido, foi editada a Medida Provisória nº 1.110, de 30/8/95, reeditada pelas Medidas Provisórias nº 1.973/99 e nº 2.176-79/2001, hoje, Lei nº 10.522/2002, implementado-se a hipótese prevista no §3º do art. 1º do Decreto nº 2.346/97, acima transcrito e destacado, concernente à autorização do Presidente da República para a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida em caso concreto, cuja redação final do art 18 dispõe, in verbis:

"Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, 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 zero vírgula cinco 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, acrescida do adicional de zero vírgula um 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;

(...)

§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga."

Em face de consulta feita pela Delegacia da Receita Federal em Joaçaba/SC, na qual se indaga acerca da possibilidade de restituição, aos contribuintes, ou compensação dos valores por eles recolhidos (a maior), em decorrência de majoração da alíquota do FINSOCIAL, quando assim tenham procedido em decorrência de sentenças transitadas em julgado, proferidas em controle difuso de constitucionalidade, favoráveis à União (Fazenda Nacional), e a eles desfavoráveis, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN emitiu o Parecer PGFN nº 3401, de 31/10/2002, publicado no DOU na pg.005, em 02/01/2003, devidamente aprovado pelo o Ministro de Estado da Fazenda, pelo qual ficou esclarecido que:

"1) os pagamentos efetuados relativos a créditos tributários, e os depósitos convertidos em renda da União, em razão de decisões judiciais favoráveis à Fazenda Nacional transitadas em julgado, não são suscetíveis de restituição ou de compensação em decorrência de a norma aplicada vir a ser declarada inconstitucional em eventual julgamento, no controle difuso, em outras ações distintas de interesse de outros contribuintes;

2) a dispensa de constituição do crédito tributário ou a autorização para a sua desconstituição, se já constituído, previstas no art. 18 da Medida Provisória nº 2.176-79/2002, convertida na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, somente alcançam a situação de créditos tributários ainda não extintos pelo pagamento."(Grifei).

DO CASO CONCRETO

Diante do histórico legislativo acima posto e tendo em vista que a contribuinte, ora recorrente, anteriormente à autuação, havia acionado o poder judiciário acerca da alíquota do Finsocial a ser utilizado no período de 01 a 13 de março de 1991, mister se faz efetuar análise do que ali foi peticionado e decidido e as consequências desse julgado, com o objetivo de se chegar à conclusão acerca da questão aqui sob litígio.

Conforme Certidão de e-fl. 14, a contribuinte impetrou Mandado de Segurança nº 91.0065377 -2, ajuizado com o escopo de ser reconhecido o direito de recolher o FINSOCIAL relativa ao período compreendido entre 1º e 13 de março de 1991, à alíquota de 1,2% (um vírgula dois por cento) sobre o faturamento da empresa, afastando, portanto, a cobrança na alíquota de 2% (dois por cento), posto entender que a MP. 279, publicada -em 13.12.90, que majorou tal alíquota, não podia ser aplicada àquele período, em virtude de não ter decorrido o prazo constitucional de noventa dias necessários a sua exigência, e, portanto, só teria eficácia a partir do faturamento de 14 de março de 1991.

Exatamente em face deste pedido judicial e da causa de pedir é que a DRJ/SP1, por meio do Acórdão ora recorrido, declarou a concomitância sobre esta matéria, deixando-a de analisar e de se pronunciar administrativamente.

A decisão de primeira instância judicial (doc. e-fls. 15 a 17), em 21/02/1992, no mérito, denegou a segurança e cassou a liminar, sob o fundamento de que, nos termos do artigo 14 do Regulamento aprovado pelo Decreto 92.698/86, o período-base de incidência da contribuição, devida com base na receita bruta, é o do mês em que haja sido auferida, devendo-se aplicar a legislação vigente à data da apuração. O FINSOCIAL não é um tributo de incidência diária, mas mensalmente apurado.

A contribuinte apelou da decisão do juízo de 1ª instância por meio dos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 93.03.15209 –3.

A decisão do TRF3 (e-fls. 75 a 78), julgada em 15/12/1999, manteve a decisão de 1ª instância e, atento ao pedido e causa de pedir, consoante destacou, não declarou a inconstitucionalidade, segundo precedente do STF, para não incorrer em julgamento *extra petita*, cuja ementa se transcreve a seguir:

“EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA PARA 2%. MP 297/90. LIMITE DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DECISÃO DO STF PARA NÃO INCORRER EM JULGAMENTO 'EXTRA PETITA'. FATURAMENTO QUE SE APURA MENSALMENTE.

I. A vedação ao julgamento "extra petita" também se aplica quanto a fundamentação do "decisum".

II. Pretendendo a impetrante recolher a contribuição denominada FINSOCIAL A alíquota de 1,2% no período de 1 a 13 de março de 1991, sob o fundamento de que a apuração do faturamento é diário e não mensal, não há como se aplicar a decisão do STF., quanto a majoração das alíquotas, posto que há de se ficar adstrito a "causa petendi" e ao próprio pedido.

III. Em sendo a apuração do faturamento mensal, a teor dos Artigos 105, 114 e 116 do CTN, incorre desrespeito ao princípio da anterioridade mitigada a incidência da alíquota de 2%, prevista na MP 297/90, a partir de março de 1991.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 1999. (data do julgamento).”

O Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA no julgamento da Apelação nº 93.03.015209-3 do referido Mandado de Segurança registra em seu relatório (e-fl 76) que:

*“Inconformada, recorre a impetrante, sustentando que **não questiona a constitucionalidade da exação ou qualquer legislação concernente ao FINSOCIAL**, mas, tão-somente, a majoração da alíquota para 2%, nos treze primeiros dias do mês de março de 1991, posto que sua exigibilidade somente terá eficácia após decorrido o período nonagésimo previsto no Art. 195, §6º, pelo que requer a reforma integral da r. sentença recorrida.”(grifei)*

O STF, em julgamento do RE 332480, contra o Acórdão proferido pelo o TRF3, negou seguimento ao recurso, fundamentando que a pretensão recursal não merece acolhida, posto que o acórdão recorrido decidiu a questão com base na legislação ordinária (doc. e-fls.89).

Ocorreu o Trânsito em Julgado em 30/11/2009, conforme consta do documento de acompanhamento do processo judicial à e-fl. 88.

Constata-se, pois, que para a contribuinte, ora recorrente, não há coisa julgada acerca de controle difuso de constitucionalidade das leis majoradoras de alíquotas de Finsocial, posto que esta matéria não foi por ela submetida, no Mandado de Segurança nº 91.0065377 –2 acima citado, haja vista que o “pedido” e a “*causa petendi*” são de outra natureza. Tanto é assim, que o desembargador, relator do Acórdão do TRF3, mencionou-se impedido de aplicar ao mesmo a decisão de inconstitucionalidade declarada pelo o STF para não incorrer em julgamento “*extra petita*”, mesmo que fosse quanto à fundamentação do “*decisum*”.

Esta constatação afasta a aplicação da conclusão do Parecer PGFN nº 3401, de 31/10/2002 na parte que se refere aos efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade do STF, em sede de controle difuso, para os casos em que haja sentença transitada em julgado, favorável à União, proferida em controle difuso de constitucionalidade das leis que majoraram as alíquotas do FINSOCIAL.

A DRJ/SP1 reconhece que a impugnação da contribuinte sobre esta matéria é distinta da levada à apreciação do poder judiciário quando assim se manifesta:

“20. Ocorre que o contribuinte também discute em sua impugnação outras matérias que não foram levadas à apreciação do Poder Judiciário e deverão ser enfrentadas.

21. O contribuinte entende que deveria ser aplicada no cálculo do FINSOCIAL a alíquota de 0,5% conforme posição exarada pelo STF.

22. De fato, atualmente é pacífico o entendimento de que no período em tela a alíquota para fins de cálculo do FINSOCIAL deveria ser de 0,5%”.

Não obstante o reconhecimento de tratar-se a questão trazida na impugnação de matéria não abordada no Mandado de Segurança citado, a autoridade julgadora de 1ª instância administrativa enuncia uma vinculação àquela levada ao crivo do Poder Judiciário, deixando de efetuar uma análise efetiva dessa matéria sob litígio administrativo, quando assim se manifesta:

“23. Ocorre que o contribuinte ao levar ao conhecimento do Poder Judiciário a discussão acerca da alíquota a ser empregada para fins de cálculo do FINSOCIAL, no período de 01/03/91 a 13/03/91, abriu mão de discuti-la na esfera administrativa, que conforme anteriormente relatado deverá simplesmente obedecer a decisão judicial final”.

Constatado, então, que não ocorreu coisa julgada desfavorável à contribuinte no Mandado de Segurança nº 91.0065377 –2 acerca da constitucionalidade das leis que majoraram as alíquotas do FINSOCIAL, haja vista que seu pedido e causa de pedir refere-se à distinta matéria, cabe verificar a hipótese de aplicação ao caso concreto da regra disposta no

art. 18, III da Lei nº 10.522/2002¹, tendo em conta os esclarecimentos prestados pela Procuradoria da Fazenda Nacional mediante o Parecer PGFN nº 3401, de 31/10/2002, devidamente aprovado pelo o Ministro da Fazenda que vincula os Órgãos do Ministério da Fazenda.²

Em face de o juízo “a quo” ter, em 21/02/1992, no mérito, denegado a segurança e cassado a liminar anteriormente concedido nos autos do Mandado de Segurança nº 91.0065377 -2, em 26 de julho de 1995, foi lavrado, contra a NESTLE BRASIL LTDA ATUAL DENOMINAÇÃO DE NESTLE INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA, empresa acima identificada, o Auto de Infração por processo eletrônico, para exigência da diferença da Contribuição, apurada pela alíquota de 2%, devida e não totalmente recolhida aos cofres público, relativa ao Período de Apuração de março de 1991, com a aplicação da multa de ofício e juros de mora, calculados até aquela data.

Na época da lavratura do Auto de Infração, em 26 de julho de 1995, não se podia estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas, proferida pelo o STF no RE nº 150.764-1/PE, de 16/12/92, no âmbito do controle difuso, posto que não havia sido suspensa a execução da norma inquinada do vício de inconstitucionalidade pelo Senado Federal, e, sendo assim, aquele julgado alcançava apenas as partes litigantes. Portanto, o lançamento foi efetuado com base em legislação vigente, continuando para os demais casos válida e, portanto, obrigatória, e com toda sua capacidade de produzir efeitos no mundo jurídico.

Somente com a edição e a publicação da Medida Provisória nº 1.110, de 30/8/95 (D.O.U. de 31.8.1995), reeditada diversas vezes e hoje, Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 (DOU de 22.7.2002. Conversão da Medida Provisória nº 2.176-79, de 2011), é que houve a autorização do Presidente da República do Brasil para dispensar a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelar o lançamento e a inscrição, relativamente, entre outros, 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 zero vírgula cinco 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,

¹ "Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, 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 zero vírgula cinco 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, acrescida do adicional de zero vírgula um 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;

(...)

§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.”

² Parecer PGFN nº 3401, de 31/10/2002, publicado no DOU na pg.005, em 02/01/2003, devidamente aprovado pelo o Ministro de Estado da Fazenda

1) os pagamentos efetuados relativos a créditos tributários, e os depósitos convertidos em renda da União, em razão de decisões judiciais favoráveis à Fazenda Nacional transitadas em julgado, não são suscetíveis de restituição ou de compensação em decorrência de a norma aplicada vir a ser declarada inconstitucional em eventual julgamento, no controle difuso, em outras ações distintas de interesse de outros contribuintes;

2) a dispensa de constituição do crédito tributário ou a autorização para a sua desconstituição, se já constituído, previstas no art. 18 da Medida Provisória nº 2.176-79/2002, convertida na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, somente alcançam a situação de créditos tributários ainda não extintos pelo pagamento.

acrescida do adicional de zero vírgula um 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.

De acordo com os esclarecimentos postos no Parecer PGFN nº 3401, de 31/10/2002, devidamente aprovado pelo o Ministro da Fazenda, esta regra só alcança a situação de créditos tributários ainda não extintos pelo pagamento.

Verifica-se, então, que à época da publicação da Medida Provisória nº 1.110, de 30/8/95 (D.O.U. de 31.8.1995), o valor da diferença do FINSOCIAL objeto de lançamento nos presentes autos, havia tão somente sido parcialmente objeto de depósito judicial. Mas, naquele período, a contribuinte havia efetuado apelação e o seu recurso de apelação encontrava-se aguardando julgamento no TRF3, que só se deu em 15/12/1999. O trânsito em julgado, como visto, só se deu em 30/11/2009. Não se tem, nos autos, informações sobre a conversão do depósito em renda da união.

Portanto, não havia, na data da publicação da mencionada Medida Provisória, pagamento da diferença do FINSOCIAL lançado por meio de Auto de Infração constante desses autos.

E, encontrando-se ainda o ato administrativo de lançamento destes autos suscetível de revisão administrativa, exatamente em função de litígio acerca da aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF das leis majoradoras de alíquotas do FINSOCIAL, a regra constante do então art. 17³ da referida Medida provisória, hoje art. 18 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 pode e deve ser aplicada ao caso concreto, devendo-se, em função da aplicação de referida norma, cancelar o lançamento ora sob litígio, posto que efetuado com a utilização de alíquota superior à 0,5%.

Neste sentido, por ser oportuno, cabe mencionar que o Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA no julgamento da Apelação nº 93.03.015209-3 do referido Mandado de Segurança assim registra em seu voto:

“Por sua vez, não se pode olvidar que à atualidade ocorreu a perda de objeto da ação, posto a existência de legislação que desobrigou a Fazenda Pública da cobrança da contribuição denominada FINSOCIAL majorada.

Contudo, a solução a ser dada à demanda, frente aos limites da “causa petendi” e do próprio pedido é a manutenção da r.sentença recorrida Posto isto, a conclusão é no sentido de negar provimento ao apelo.

É o voto”.(grifei).

³ Art. 17. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

(...)

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no artigo 9º 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;

A contribuinte, em seu recurso voluntário, ainda se manifesta no sentido de alegar direito à restituição de um crédito suplementar correspondente a 0,7% relativo ao faturamento de 1º a 13 de março de 1991 (diferença entre a alíquota legal de 0,5 e a alíquota efetivamente aplicada de 1,2%); e 1,5% relativo ao faturamento de 14 a 31 de março de 1991 (diferença entre a alíquota legal de 0,5% e a alíquota efetivamente aplicada de 2%).

Em face de tal manifestação, cabe registrar que o pedido de restituição tem procedimento próprio, não devendo ser reconhecido nos presentes autos.

Entretanto, por ser pertinente, registre-se que, em consulta ao sítio do CARF, verificou-se que tal pedido de restituição de valores recolhidos à alíquota excedente a 0,5% de FINSOCIAL já foi formulado para o período de set/89 a nov/91, abrangendo, portanto, o período de apuração objeto desse lançamento (março de 1991), e reconhecido pela então 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 01-31.762, proferido nos autos do Processo nº 3804.008966/2002-51, na sessão de 14 de abril de 2005, cuja ementa e dispositivo abaixo se transcreve:

“FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. O direito de se pleitear o reconhecimento de crédito tributário com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que tenha sido declarada inconstitucional, somente surge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou com suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta.

Por esta via, o termo a quo para pedido de restituição começa a contar da data da publicação da MP nº 1.110 em 31/10/95 — p.013397, posto que foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%.

PRECEDENTES: AC. CSRF/03-04.227, 301-31.406, 301-31.404 e 301-31.321.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, com retorno do processo à DRJ para exame do pedido, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 14 de abril de 2005

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

Presidente e Relator”

CONCLUSÃO

Em face dos fundamentos acima posto, conduzo o meu voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o Auto de Infração em sua totalidade, em função da aplicação da regra contida no art. 18, III da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002,

Processo nº 13805.004924/95-88
Acórdão n.º **3302-002.217**

S3-C3T2
Fl. 138

haja vista tratar-se de lançamento de diferença de FINSOCIAL apurada com a utilização de alíquota superior à 0,5%.

(assinado digitalmente)

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ - Relatora