



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

Processo nº : 13805.012982/96-11
Recurso nº : 126.364
Acórdão nº : 301-32.832
Sessão de : 25 de maio de 2006
Recorrente : ORGANIZAÇÃO FARMACÊUTICA DROGÃO LTDA.
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

DENÚNCIA ESPONTÂNEA

A exclusão de penalidade por alegada denúncia espontânea pressupõe o pagamento do principal e de acréscimos legais anteriormente a qualquer procedimento fiscal de ofício.

CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

Não compete aos Conselhos de Contribuintes se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis.

FINSOCIAL. BASE DE CÁLCULO.

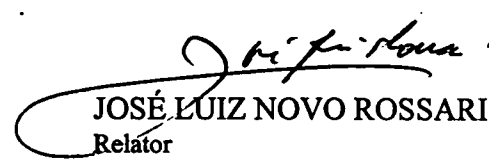
A base de cálculo do Finsocial não compreende as receitas financeiras e outras receitas operacionais, por não se enquadrarem no conceito de receita bruta de venda de mercadorias e de serviços previsto na legislação específica.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade. No mérito por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A Conselheira Susy Gomes Hoffmann votou pela conclusão.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI
Relator

Formalizado em: **19 JUN 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Atalina Rodrigues Alves, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho.

Processo nº : 13805.012982/96-11
Acórdão nº : 301-32.832

RELATÓRIO

A contribuinte acima identificada recorre da Decisão DRJ/SPO nº 299, de 28/1/2000, proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP (fls. 68/71), que julgou procedente em parte o lançamento em que foi formalizada a exigência da contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, à alíquota de 0,5%, no valor de 99.222,78 UFIR, ao qual foram acrescidos multa de ofício de 100% sobre o valor da contribuição e juros de mora.

De acordo com o que consta na peça básica, a exigência fiscal decorre do fato de a contribuinte ter obtido a concessão de medida liminar, com determinação judicial de que fosse feito o depósito integral do valor contestado, em dinheiro, à disposição do Juízo, mas não ter feito esse depósito, nem feito o recolhimento dessa contribuição entre outubro de 1991 e março de 1992, do que resultou descumprida a decisão judicial.

Em sua impugnação, apresentada às fls. 21/43, a interessada alegou: a inconstitucionalidade da contribuição ao Finsocial diante da Constituição Federal; que o crédito tributário exigido padece de nulidade pelo fato de a base de cálculo utilizada pela fiscalização não respeitar os termos dispostos na lei atinentes à referida contribuição; nulidade quanto à aplicação de índices incorretos de atualização monetária – TRD; nulidade quanto à aplicação de taxa de juros e mora exacerbada; inaplicabilidade da Ufir no ano de 1992 e descabimento da multa de ofício sobre os valores que entende espontaneamente denunciados ao Fisco, em face do disposto no art. 138 do CTN.

A ementa da decisão foi assim redigida, *verbis*:

“FINSOCIAL-FATURAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não comprovado o recolhimento, mantém-se o lançamento.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A instância administrativa não tem competência para se manifestar sobre constitucionalidade de leis.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE”

Em síntese, a decisão de primeira instância decidiu: a) quanto às alegações de inconstitucionalidade da majoração da alíquota do Finsocial, superior a 0,5%, e aplicação da TRD, como atualização monetária: que o lançamento foi feito com base na alíquota de 0,5%, corretamente, portanto, e que não foi utilizada TRD como atualização monetária; b) quanto às alegações de inconstitucionalidade: que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se alega a colisão da legislação de regência e a Constituição Federal, atribuição essa reservada ao Poder Judiciário, nos termos do art. 102, I, “a”, e III, “b”, da CF; e c) quanto à alegação de descabimento da multa, por pretensa denúncia espontânea da infração: que a referida exclusão de responsabilidade está condicionada

Processo nº : 13805.012982/96-11
Acórdão nº : 301-32.832

ao recolhimento dos tributos, o que não foi comprovado nos autos. No entanto houve a redução da multa de ofício para 75%, em vista da aplicação retroativa do disposto no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, conforme orientação emanada do Ato Declaratório Normativo Cosit nº 1/97.

A contribuinte apresenta recurso às fls. 74/84, em que ratifica a sua insurgência contra a exigência da multa de ofício mantida na decisão recorrida, entendendo que se antecipou à ação do fisco, e que a espontaneidade ficou demonstrada no próprio auto de infração, em sua capitulação, quando expressamente determinou *"valores da base de cálculo apurados conforme levantamentos de registros contábeis fornecidos pela empresa, no período de outubro de 1991 a dezembro de 1995, (...)".* Aduz que o pagamento integral a que se refere o CTN, no caso, não era exigido constitucionalmente, concluindo que as multas fiscais têm sempre caráter punitivo, decorram da prática de infração material ou formal, e que, qualquer que seja sua espécie, estará abrangida pelo disposto no art. 138 do CTN.

De outra parte, a recorrente afirma que não pretende provocar um pronunciamento desta instância administrativa sobre constitucionalidade de leis; pretende somente ter pronunciamento sobre matéria já apreciada pela esfera judicial, entendendo que não existem óbices para que a matéria seja apreciada na esfera administrativa. A respeito, questiona a utilização da Ufir como índice de atualização monetária criado pelo Governo Federal, afirmando que a Lei nº 8.383/91 somente foi entregue aos Correios em 2/1/92 para circulação. Ao final, requer seja declarada a inexigibilidade da multa aplicada e a inconstitucionalidade dos índices de atualização aplicados com base na Ufir, para ser declarada a parcial improcedência do auto de infração.

Em sessão de 12/8/2004 desta Câmara, a recorrente apresentou os Memoriais de fls. 144/149, em que, em adendo às argumentações antes expendidas no recurso voluntário, acrescenta a alegação preliminar de nulidade do Auto de Infração, por existência de vício insanável, consistente no fato de ter sido utilizada pelo Fisco a mesma base de cálculo relativa ao PIS-Faturamento, em relação à qual foram levadas em consideração as disposições dos Decretos-leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, cujos efeitos foram suspensos pelo Senado Federal, juntando demonstrativo de cálculo do PIS no período.

Em atenção à matéria já suscitada pela recorrente em sua impugnação, o julgamento foi convertido em diligência fiscal, nos termos da Resolução nº 301-1.324, de 20/10/2004 (fls. 154/157), a fim de que fosse verificado se na base de cálculo da contribuição ao Finsocial foram incluídos valores a título de receitas financeiras e, em caso positivo, fosse informado se tais valores identificam-se com os valores discriminados na coluna de "RECEITAS FINANCEIRAS" constante da planilha de fls. 149 juntada pela recorrente.

Formalizado Mandado de Procedimento Fiscal – Diligência (fls. 162/168), o processo retornou a este Conselho com os documentos de fls. 169/245, culminando com o Termo de Constatação Fiscal de fls. 246/247, em que o AFRF diligenciador conclui, de forma clara, que *"levando-se em consideração os*

Processo nº : 13805.012982/96-11
Acórdão nº : 301-32.832

Demonstrativos acima mencionados entregues pelo contribuinte no curso deste procedimento fiscal, fica constatada a inclusão de valores a título de Receitas Financeiras na apuração do FINSOCIAL objeto de lançamento de ofício sob julgamento, com tais valores identificando-se com os montantes discriminados na coluna "RECEITAS FINANCEIRAS" constante da planilha de fls. 149 juntada pelo próprio sujeito passivo aos autos".

Do referido Termo de Constatação Fiscal foi dado conhecimento à recorrente, que se manifestou às fls. 251/256 para ratificar as alegações já antes expendidas. Acrescentou que, caso esta Câmara entenda que é possível convalidar o lançamento com a retificação da base de cálculo do Finsocial, esta não pode resultar apenas da exclusão das receitas financeiras, preocupação demonstrada por este colegiado ao determinar a conversão do julgamento em diligência. Aduziu que os valores computados como outras receitas operacionais também devem ser retiradas da base de cálculo da contribuição, para ajustar-se ao conceito de faturamento previsto no art. 1º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.940/1982 e art. 16 do Decreto nº 92.698/1986, que transcreve.

É o relatório.

el.

Processo nº : 13805.012982/96-11
Acórdão nº : 301-32.832

VOTO

Conselheiro José Luiz Novo Rossari, Relator

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Alegação de nulidade pela utilização de base de cálculo do PIS

Preliminarmente, e quanto à alegação de nulidade do auto de infração, por ter a fiscalização se utilizado de base de cálculo emprestada de procedimento tendente à apuração de falta de recolhimento de PIS-Faturamento, cumpre ressaltar que se trata de matéria preclusa, visto que não foi objeto de recurso voluntário e foi questionada apenas na sessão em que este recurso foi inicialmente levado a julgamento, conforme Memoriais apensados ao processo.

Assim, por se tratar de matéria preclusa, não tomo conhecimento da alegação posteriormente trazida aos autos deste processo. No entanto, apenas a título de orientação, cabe destacar que no mérito não assistiria razão à recorrente, em vista de tratar-se de legislações distintas de que decorrem exigências distintas, e o fato de que a base de cálculo tenha sido a mesma não afasta a exigência da Contribuição para o Finsocial, que se rege por normas próprias. Da mesma forma, não afeta a exigência do Finsocial a suspensão pelo Senado Federal das disposições dos Decretos-leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, por se tratar de ato legislativo que veio a atingir tão-somente o PIS. Portanto, se analisado fosse o mérito, não assistiria razão à recorrente sob esse aspecto.

Alegação de denúncia espontânea

Os autos do processo não trazem qualquer prova trazida pela recorrente que alicerce sua alegação de ocorrência de denúncia espontânea. Ao contrário, está claro no Auto de Infração que se trata de exigência fiscal levada a efeito em decorrência de a recorrente não ter feito os depósitos correspondentes aos períodos citados na peça básica, determinados em ação judicial, nem recolhidos os respectivos valores à Fazenda Nacional.

Destarte, os elementos fornecidos pela empresa em resposta aos Termos de Início de Ação Fiscal e de Intimação Fiscal, para verificação da regularidade de tributos e contribuições federais (fls. 15/17), e que também serviram para a verificação posterior da base de cálculo da contribuição, não caracterizam a denúncia espontânea de que trata o art. 138 do CTN. Essa norma é clara no sentido de que a responsabilidade é excluída **quando houver o pagamento espontâneo do tributo devido e dos juros de mora**, o que não foi feito por parte da recorrente. Aliás, sequer foi satisfeita a determinação de efetivação de depósitos à disposição da Justiça Federal para o período citado, determinada em despacho judicial, conforme

u.

Processo nº : 13805.012982/96-11
Acórdão nº : 301-32.832

está devidamente descrito no Auto de Infração. Sem razão a recorrente no que respeita a essa matéria.

Utilização da Ufir no exercício de 1992

Quanto à utilização da Ufir como índice de atualização monetária, embora a recorrente afirme que não pretende provocar um pronunciamento desta instância administrativa sobre a constitucionalidade de leis e que pretende somente ter pronunciamento sobre matéria já apreciada pela esfera judicial, demonstra ter como claro objetivo a manifestação deste Conselho sobre a vigência e eficácia para o exercício de 1992 da Lei nº 8.383/1991, que instituiu a Unidade Fiscal de Referência em seu art. 1º. Trata-se de alegação de que não foi obedecido o princípio da anterioridade e, portanto, de matéria pertinente à constitucionalidade da norma, visto que essa mesma Lei, em seu art. 97, determinou a vigência dessa medida de atualização a partir de 1º/1/1992.

Cumprе ressaltar que a esfera administrativa, nessa incluídos os Conselhos de Contribuintes, não têm competência para se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis.

Demais, existe vedação expressa aos Conselhos de Contribuintes para afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor (art. 22A da Portaria nº 55/98 do Ministro de Estado da Fazenda, na redação que lhe acrescentou o art. 5º da Portaria MF nº 103/2002), em decorrência do que foi estabelecido no Decreto nº 2.346/97. As únicas exceções a essa regra são as que foram estabelecidas no parágrafo único desse mesmo artigo, que transcrevo em nota abaixo.¹

Assim, não ampara a recorrente a existência da decisão trazida à colação, emanada de Tribunal Regional Federal, por não se enquadrar em nenhum dos casos citados nessa nota e que permitem aos Conselhos afastar a aplicação da lei.

Base de cálculo da contribuição ao Finsocial

A diligência levada a efeito concluiu, de forma inequívoca, conforme Termo de Constatação Fiscal de fls. 246/247, que houve a inclusão de valores a título de "Receitas Financeiras" na apuração do Finsocial que foi objeto de lançamento de ofício e que tais valores se identificam com os montantes discriminados na coluna de "Receitas Financeiras" constante da planilha de fls. 149.

¹ Dispõe o parágrafo único do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes:
"Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."

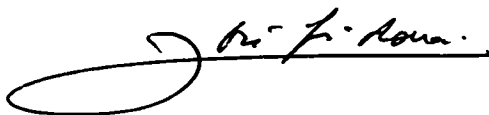
Processo nº : 13805.012982/96-11
Acórdão nº : 301-32.832

Diante do fato, há que se excluir da base de cálculo da contribuição em exame os valores apontados, cuja diligência comprovou terem sido incluídos na base de cálculo.

Por igual, há que se excluir da base de cálculo objeto de lançamento os valores indicados na mesma planilha a título de "Outras Receitas Operacionais", conforme demonstrativos que acompanharam a mesma diligência, e que também se identificam perfeitamente com os apontados na referida planilha. Tais valores, a exemplo dos acima indicados, não devem constar na base de cálculo da contribuição ao Finsocial por não se enquadrarem no conceito de receita bruta de venda de mercadorias e de serviços (faturamento) previsto no art. 1º, parágrafo único do Decreto-lei nº 1.940/1982 e no art. 16 do Decreto nº 92.698/1986.

Diante do exposto, voto por que seja rejeitada a preliminar de inconstitucionalidade e, no mérito, por que seja dado provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir do valor tributável indicado à fl. 2 do Auto de Infração os valores mensais constantes das colunas de "Receitas Financeiras" e de "Outras Receitas Operacionais" indicados na planilha de fl. 149.

Sala das Sessões, em 25 de maio de 2006



JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI – Relator