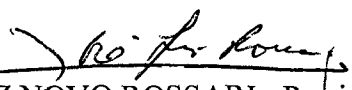
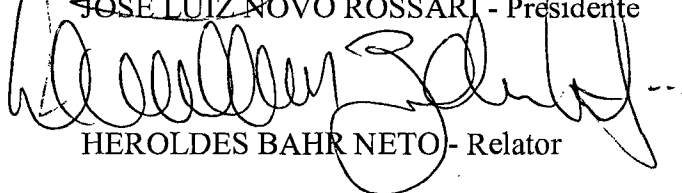


MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 138080003159501
Recurso nº 342309
Resolução nº 3202-00.012 – 2ª. Câmara/2ª. Turma Ordinária
Data 30 de junho de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CARGILL AGRÍCOLA S/A
Recorrida DRJ - SÃO PAULO/SP

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


JOSE LUIZ NOVO ROSSARI - Presidente

HEROLDES BAHR NETO - Relator

Formalizado em: 18 de agosto de 2010.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Heroldes Bahr Neto, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Ângela Satori (Suplente). Presente a Advogada Luciana Lopes da Silva-257808 OAB/SP.

Relatório

Adoto e transcrevo o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo, conforme fls. 621/624, por bem esclarecer os fatos ocorridos até aquela fase processual:

“Neste processo o interessado impugna o auto de infração (fls. 20/39) lavrado para constituir o crédito tributário relativo ao FINSOCIAL do período de 01/01/1989 a 31/03/1992, não tendo havido lançamento para: abril e maio de 1989 (conf. fl. 4); janeiro, julho e setembro de 1991 (medida judicial afasta exigência por inconstitucionalidade); dezembro de 1991 (conf. fl. 5).

Conforme o Auto de Infração e Termos de Verificação, o enquadramento legal se deu com base no: art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982; arts. 16, 80 e 83 do Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986; art. 28 da Lei nº 7.738, de 09 de março de 1989; art. 7º da Lei 7.787/89; art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90.

2. Os autuantes informam:

no Termo de Verificação de fls. 16/17, que sucedida (Sementes Cargill Ltda CNPJ 51.181.071/0001-79, incorporada pela impugnante em 92) nos meses autuados pagou a menor e não incluiu na base de cálculo os valores relativos ao ICMS e ao PIS, gerando diferença a recolher ao FINSOCIAL, e propusera ação ordinária nº 94.0033010-3 para exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, aguardando julgamento;

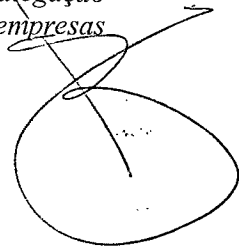
no Termo de Verificação de fls. 18/19, que Cargill Agrícola S/A não recolhera a contribuição para o FINSOCIAL do mês de maio de 1991.

3. A contribuinte foi cientificada do Auto de Infração em 09/05/1995 (fl. 38) e apresenta, em 08/06/1995, a impugnação de fls. 41/54, alegando, em síntese:

quanto aos fatos à sucedida Sementes Cargill Ltda:

a partir de novembro de 1990, a sucedida impetrou Mandado de Segurança contra a cobrança de FINSOCIAL e suspendeu o seu recolhimento, seja porque obteve liminar, seja em face da sólida jurisprudência considerando ilegal a sua cobrança;

com a decisão final do Supremo Tribunal Federal, proferida em dezembro de 1992, considerando legítima a cobrança do FINSOCIAL a 0,5% e inconstitucionais as majorações de alíquota, considerou ter crédito do FINSOCIAL, entre outubro de 1988 e dezembro de 1990, referente aos recolhimentos feitos às alíquotas superiores de 0,5%, os quais compensou com os débitos de FINSOCIAL, devidos à alíquota de 0,5%, procedimento que não foi aceito pelos autuantes, sob alegação de que a alíquota de 0,5% somente se aplicaria às empresas participantes das ações julgadas pelo STF;



é inquestionável que a primeira decisão sobre a matéria serviria como parâmetro necessário a todas as decisões supervenientes proferidas pelas instâncias inferiores;

o STF encaminhou ofício ao Senado Federal para suspensão da execução dos dispositivos que majoraram a alíquota do FINSOCIAL acima de 0,5%, e a negativa do Senado em proferir Resolução em tal sentido é mera decisão de natureza política, e nunca jurídica, tanto que o STF convalidou sua decisão de maneira definitiva, inequívoca e inconteste;

em grande parte dos Mandados de Segurança impetrados pela impugnante já foi proferida decisão no mesmo sentido determinado pelo STF;

tendo em vista o direito de a impugnante recolher o FINSOCIAL à alíquota de 0,5%, não há como se negar o fato, também inconteste, de que tudo o que foi pago à alíquota superior a 0,5% se constitui indébito, e como tal passível de restituição ou compensação;

a impugnante apurou o que seria devido ao FINSOCIAL desde outubro de 1988 a dezembro de 1992 pela alíquota de 0,5% e o quanto fora pago de outubro de 1988 a dezembro de 1990, com as alíquotas majoradas, e a Sementes Cargill Ltda compensou créditos e débitos (fl. 43), entre dezembro de 1990 a março de 1992, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, liquidando plenamente os débitos do FINSOCIAL (fl. 45). O mesmo ocorreu na Cargill Agrícola S/A, quanto ao débito de maio de 1991 (fl. 54);

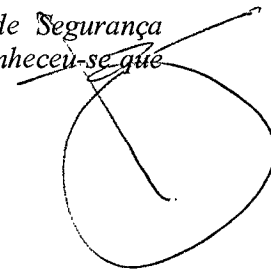
quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL, há incidência de tributo sobre tributo, e com base nas disposições contidas no art. 155, II (competência estadual) e § 2º, I (não cumulatividade), art. 155, § 2º, III (seletividade do ICMS) e art. 158, IV (repartição de receitas), todos da Constituição Federal, entende ser correta a sua conduta de excluir o ICMS da base de cálculo do FINSOCIAL, sob pena de inconstitucionalidade;

há, portanto, razão suficiente para anulação do Auto de Infração, pois a cobrança do FINSOCIAL sobre a receita tributária do Estado também implica flagrante violação ao art. 150, VI, letra "a" (imunidade recíproca) da Constituição Federal;

compete ao Delegado da DRJ apreciar as questões suscitadas na impugnação, não sendo excusável eximir-se de aplicar corretamente a lei, conforme doutrina transcrita, e no presente caso não se pede ao órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da cobrança da contribuição para o FINSOCIAL sobre o ICMS, mas sim a constatação de uma situação de fato inquinada de vício legal.

b) quanto aos fatos relativos à Cargill Agrícola S/A (fato gerador de maio de 1991):

ao tempo da autuação havia liminar em Mandado de Segurança (91.0099145-7) para nada recolher; só na sentença reconheceu-se que a alíquota devida é 0,5%;



da mesma forma, o débito de maio foi compensado, pois os pagamentos anteriores que excedem 0,5% são indevidos e, portanto, compensáveis com débitos pendentes;

pelas mesmas razões anteriores o auto não deve prosperar.

Requeru receber a impugnação declarando sua improcedência e insubsistência.

4. Para cada período autuado em que havia mandado de segurança impetrado pela sucedida e sucessora (litisconsortes ativas) com sentença (ou acórdão do TRF 3ª Região) determinando a alíquota de 0,5%, essa foi a alíquota aplicada.

5. As bases de cálculo constam dos demonstrativos de fls. 4/5 (succedida) e 12 (sucessora).

6. À fl. 58, a DRJ/São Paulo encaminhou o presente processo à Unidade de origem para intimar a contribuinte a apresentar Certidão de Objeto e Pé de diversas ações intentadas contra a Fazenda Nacional.

7. Foram trazidos documentos relativos a diversas ações judiciais (fls. 90/588), exceto as peças do MS 92.0044061-4 (mar/92).

8. Nos Mandados de Segurança relativos aos períodos autuados, tanto a sucedida quanto a sucessora atuam em litisconsórcio, e pedem liminar e, ao final, isenção de recolhimento do FINSOCIAL, oferecendo caução mediante fiança bancária.

9. Na tabela abaixo temos um resumo desses Mandados, tendo em vista os documentos acostados e pesquisas nos sítios do Poder Judiciário, sendo que a coluna "Observação" mostra a situação ao tempo de autuação:

FATO GERADOR	MANDADO DE SEGURANÇA	VARA	PEDIDO fls.	TRÂNSITO EM JULGADO	CERTIDÃO (Fl.)	ALÍQUOTA (C.Julgada)	FLS.	OBSERVAÇÃO	FLS.
dez-90	90.0047130-3	18	98	07/10/1993	120	-		Autores desistiram	117
fev-91	91.0009714-4	6	174	10/11/1994	170	0,50%	170	Acórdão	189
mar-91	91.0021759-0	6	229	07/03/1997	225	0,50%	259	Sentença (07/04/92)	225
abr-91	91.0057104-4	9	274	antes de 11/07/2002	269	0,50%	269	Sentença (13/09/94)	287
mai-91	91.0099145-7	13	318	RE STF 287379 (fl. 594)	-	0,50% (*)	330	Sentença (20/08/93)	326
jun-91	91.0662465-0	9	339	21/11/2001	355	0,50%	335	Sentença (09/03/94)	333
ago-91	91.0689664-2	9	459	20/06/1997	472	0,50%	470	Sentença (09/03/94)	466
out-91	91.0720332-2	20	503	02/04/1997	499	0,50%	499	Sentença (25/08/93)	513
nov-91	91.0739441-1	10	525	23/11/1992	521	-		Inicial Indeferida	521
jan-92	92.0013534-0	5	551	antes de 16/11/1994	547	2,00%	559	Mérito Improcedente / Recurso Deserto	559/560
fev-92	92.0033402-4	20	568	02/04/1997	564	0,50%	564	Sentença (25/08/93)	576
mar-92	92.0044061-4	5	N/C	não disponível	-	-		S/ Julg. Mérito	597

(*) para os litisconsortes não exclusivamente prestadores de serviços.

10. Em 13/12/1994 a impugnante propusera a ação 94.0033010-3 para excluir o ICMS da base de cálculo do FINSOCIAL e da COFINS (fl. 595 e 603). Após desistência da apelação pela autora ocorreu o trânsito em julgado (fl. 597/598), consta do sítio da primeira instância o arquivamento dos autos em 09/02/2007 (fl. 595). A seguir acolhe-se agravo de instrumento contra despacho monocrático de determinação de conversão em renda da totalidade dos depósitos. Há Recurso Especial da Fazenda (fl. 599 e 601 a 616). É o relatório”.

A 9ª Turma da DRJ/SPO decidiu que o lançamento é procedente em parte, conforme abaixo:

“ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/89 a 31/03/1989; 01/06/1989 a 31/12/1990; 01/02/1991 a 30/06/1991; 01/08/1991 a 31/08/1991; 01/10/1991 a 30/11/1991; 01/01/1992 a 31/03/1992.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS – As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetente para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

AUTOCOMPENSAÇÃO – A autocompensação exige crédito líquido e certo (art. 170 CTN) e em âmbito tributário tem eficácia a partir de 01/01/92. Não havendo provimento judicial que ampare o descumprimento da obrigação tributária, subsiste a exigência. A autocompensação exige comprovação.

COISAS JULGADAS – FINSOCIAL – ALÍQUOTAS. Em face do trânsito em julgado, há que se respeitar a alíquota decorrente da coisa julgada formada em cada uma das ações mensais proposta.

MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO. Tendo em vista o princípio da retroatividade benigna, reduzem-se os percentuais das multas de ofício de 80% e 100% para 75% (setenta e cinco por cento).

JUROS DE MORA – TRD. Ficam excluídos os juros moratórios calculados com base na Taxa Referencial Diária – TRD, no período de 04/02 a 29/07/1991, remanescendo, nesse período, juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês-calendário ou fração, de acordo com a legislação pertinente.

Lançamento Procedente em Parte”.

Em 17/04/2008, tempestivamente, a recorrente interpôs **Recurso Voluntário** ao Conselho de Contribuintes, alegando em síntese, **conforme fls. 648 a 719, o que segue:**

Inconformada com a decisão da DRJ-SP, que ao analisar as compensações realizadas pela Recorrente, **as indeferiu sob a alegação de que a autocompensação relativa**

ao fato gerador de maio de 1991 se submete ao regime anterior à vigência da Lei nº 8.383/91. Ou seja, para débitos anteriores a 31/12/91, nem o CTN nem a legislação tributária permitiam a autocompensação, de modo que, na hipótese de um contribuinte haver pago indevidamente tributo, deveria buscar a liquidez e certeza junto à autoridade competente com o requerimento de restituição, sem prejuízo do art. 7º do Decreto-lei nº 2.287/86.

Para a DRJ, em não havendo liquidez e certeza do indébito, não é possível realizar a autocompensação. E, não havendo ao tempo do recolhimento, ordem judicial que beneficie específica e expressamente o contribuinte, o autorizando a proceder de forma diversa da legalmente prevista, não haveria porque não se aplicar as penalidades pecuniárias e os juros de mora.

Às fls. 629, a DRJ entende ainda que: “a simples alegação de que débitos foram compensados nos termos do art. 66 da Lei nº. 8.383/91, ainda que seja comprovada a realização de pagamento indevido apto a ser utilizado em compensação, não basta para atestar a extinção do crédito tributário compensado”.

A recorrente apurou em 28/01/1993, o quanto seria devido a título de FINSOCIAL desde janeiro de 1989 até março de 1992, aplicando para tanto a alíquota de 0,5%. Alega que efetuou o recolhimento do FINSOCIAL até o mês de novembro de 1990, pelas alíquotas de 1%, 1,2% e 2%, sendo que somente a partir de dezembro de 1990 iniciou procedimentos judiciais contra a cobrança da contribuição, tendo em vista, torrencial jurisprudência que declarou a inconstitucionalidade das alíquotas a maior de 0,5%.

Com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2002, declarando a inconstitucionalidade da cobrança do FINSOCIAL acima da alíquota de 0,5%, não há dúvida de que este tributo, no período de 01/01/89 a 31/03/92, deveria ter sido recolhido à alíquota de 0,5% ao invés das alíquotas majoradas em até 2%.

A partir deste entendimento, a Recorrente apurou os valores recolhidos a maior a título da referida contribuição no período compreendido entre janeiro/89 a novembro/90, mediante a aplicação das alíquotas majoradas e procedeu a compensação nos moldes do art. 66 da Lei nº 8.383/91 e alterações posteriores.

A lei nº 8.383/91, autoriza a compensação de tributos e contribuições federais, sem qualquer restrição, estabelecendo que o pedido de restituição é mera faculdade do contribuinte, conforme o § 2º do art. 66 da referida lei, razão pela qual a Recorrente requer que o presente auto de infração seja julgado totalmente improcedente.

A Recorrente instruiu o presente recurso com todos os elementos que entendeu serem suficientes a evidenciar a certeza de seus créditos, e ainda ressaltou que com relação à inclusão do ICMS na base do FINSOCIAL, efetuou o pagamento com base na anistia conferida pela MP nº 1.858-6, de 29/06/1999, que alterou o disposto no art. 17 da Lei nº 9.779/99.

Assim, alega que o crédito tributário referente à inclusão do ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL, um dos pontos do objeto da autuação, encontra-se extinto, por força do recolhimento acima mencionado.

O dispositivo em questão, concedeu à Recorrente o direito a ~~quitar~~ seus débitos até 30/07/1999, desde que discutidos em juízo mediante ações propostas até

6

dezembro de 1998, sem multa e com juros calculados somente no período de fevereiro a junho de 1999.

A Recorrente relata que o agente fiscal responsável pela constituição do crédito tributário em questão, sabia ser ela parte em ação judicial onde discutia a exclusão das parcelas de ICMS da base de cálculo da presente contribuição (FINSOCIAL), a qual tramitou perante a 5ª Vara da Justiça Federal de São Paulo sob nº 94.003010-3, cuja matéria foi julgada constitucional pelo STF.

Desta forma, a **Recorrente efetuou os cálculos conforme determinava a MP nº 1.858-6/99 e efetuou o pagamento do tributo, tornando evidente que o crédito tributário decorrente desta questão encontra-se extinto pelo pagamento, nos termos do inciso I do artigo 156 do CTN, razão pela qual o presente auto de infração deve ser anulado também neste aspecto.**

Por fim, requer que os presentes autos sejam baixados em diligência, para que os aludidos pagamentos sejam analisados e conferidos pela fiscalização, a fim de que reste definitivamente cancelado o presente auto de infração.

O processo foi encaminhado para o Terceiro Conselho de Contribuintes em 23/04/2008 e distribuído em 20/05/2009 a este Conselheiro para análise e parecer.

É o relatório.

Voto

Conselheiro HEROLDES BAHR NETO, Relator

Satisfeitos estão os requisitos viabilizadores de admissibilidade deste recurso, razão pela qual deve ser ele conhecido por tempestivo.

Trata o presente feito de autuação fiscal lavrada em 09/05/1995 pela Delegacia de Fiscalização Federal em face da empresa, ora Recorrente, consubstanciada na exigência da contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, relativa aos períodos de apuração de janeiro a março de 1989; junho de 1989 a dezembro de 1990; fevereiro a junho de 1991; agosto a novembro de 1991; e janeiro a março de 1992, com base no art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982 e art. 16, 80 e 83 do Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986, art. 28 da Lei nº 7.738, de 09 de março de 1989, resultante da falta de recolhimento de referida contribuição.

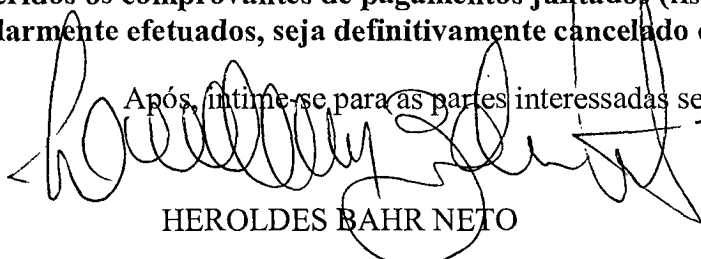
No presente caso, infere-se que a controvérsia da lide cinge-se aos seguintes pontos: 1) Homologação da compensação dos créditos tributários recolhidos com alíquotas majoradas e posteriormente declaradas inconstitucionais pelo STF; 2) Anulação do auto de infração, tendo em vista a comprovação do pagamento do tributo devido, mediante compensação efetuada com base no art. 66 da Lei nº 8.383/91.

Primeiramente, cumpre esclarecer que deixo de adentrar nas preliminares e no mérito do Recurso em apreço, por conta da necessidade de conversão do julgamento em diligência, uma vez que a Recorrente juntou guias de recolhimento, bem como planilha de cálculo (docs. 04 e 05 de fls. 681/715).

Portanto, com o objetivo de verificar a autenticidade dos mesmos, decido que seja determinada a remessa dos autos a Secretária da Receita Federal para que seja realizada diligência neste sentido.

Diante do exposto, converto o julgamento em **DILIGÊNCIA**, para que os autos retornem para a **Secretaria da Receita Federal em São Paulo**, para que sejam analisados e conferidos os comprovantes de pagamentos juntados (fls. 670 e seguintes), a fim de que, se regularmente efetuados, seja definitivamente cancelado o auto de infração.

Após, intime-se para as partes interessadas se manifestarem.



HEROLDES BAHR NETO