



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº 13808.000793/2001-11
Recurso nº 303-126.105 Especial do Procurador
Matéria FINSOCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº 03-06.015
Sessão de 08 de setembro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado IBÉRIA - LINEAS AÉREAS DE ESPAÑA S/A

FINSOCIAL. DECADÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Declarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que estabeleceu o prazo decadencial de dez anos para a Fazenda Nacional lançar o crédito pertinente à Contribuição ao Finsocial. Doravante o prazo é de cinco anos, contados de acordo com os arts. 150, § 4º, e 173-I, do CTN. Assim, cumpre declarar a insubsistência do lançamento, em cumprimento à Súmula nº 8 do STF. (Parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 2.346/97).

Transcorrido o lapso temporal de mais de cinco anos entre a data de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e a data da lavratura do auto de infração deve ser declarada a decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira turma do Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA
Presidente


OTACILIO DANTAS CARTAXO
Relator

FORMALIZADO EM:



Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Anelise Daudt Prieto, Nanci Gama e Antonio Carlos Guidoni Filho (Substituto convocado).



Relatório

É o seguinte o relatório correspondente ao acórdão recorrido:

O relatório da decisão recorrida é o seguinte:

Lavrou-se contra a epigrafada auto de infração da Contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial), relativo aos períodos de apuração de fevereiro de 1991 a março de 1992 (fls. 62 a 69).

Decorreu esse procedimento fiscal da constatação de ter havido, nesses períodos, falta de recolhimento da referida contribuição.

Como enquadramentos legais foram citados os arts. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, 16, 80 e 83 do Regulamento do Finsocial aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986, e 28 da Lei nº 7.738, de 9 de março de 1989, exigindo-se R\$ 1.169.785,40 de Finsocial, além da multa de ofício de 50% e 75%, e dos juros de mora.

Instruem o feito fiscal, no essencial, Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização, Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, Termos de Intimação e respectiva resposta, cópias de folhas do livro Diário, Termo de Verificação Fiscal, e Termo de Encerramento (fls. 01 a 61, e 70).

Cientificada da exigência fiscal em 15/02/2001 (fls. 67), tempestivamente, em 16/03/2001, apresenta a autuada impugnação de fls. 72 a 127, acompanhada dos documentos de fls. 128 a 299, e 302 a 522), nela argumentando em síntese:

a) que decaiu o direito de a Fazenda constituir a exigência fiscal no período de fevereiro de 1991 a março de 1992, já que a regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional é de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN);

b) que, por ser companhia de transporte aéreo internacional, constitui-se em empresa privada exclusivamente prestadora de serviços, não estando sujeita ao pagamento da contribuição para o Finsocial, eis que a base de cálculo das prestadoras de serviços era o Imposto sobre a renda devido (ou como se devido fosse), não sendo contribuinte do imposto de renda no Brasil;

c) que as empresas exclusivamente prestadoras de serviços estão sujeitas à alíquota de 0,5% sobre a sua receita bruta, sendo indevidas as cobranças do Finsocial às alíquotas de 1,2% e de 2%;

d) que está isenta do Finsocial por força de Convenção Internacional firmada entre o Brasil e a Espanha para evitar a dupla tributação, promulgada pelo decreto nº 76.975, de 2 de janeiro de 1976 (fls. 232 a 239), e embasada em renomada doutrina (fls. 190 a 231, 245 a 288, e



302 a 361) e farta jurisprudência (fls. 289 a 299, 409 a 433, e 447 a 517);

e) que a isenção de tributos brasileiros incidentes sobre as receitas das operações é medida que se impõe, em face do princípio constitucional da reciprocidade;

f) que, em litisconsórcio com outras companhias de transporte aéreo internacional, impetrou mandado de segurança com o fim de abster-se da tributação sobre a sua receita bruta decorrente da prestação de serviços de transporte aéreo internacional pelo Finsocial (Processo nº 91.0022945-8 da 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro-RJ);

g) que, por nunca haver recolhido o Finsocial, não discriminou em seus livros fiscais as exclusões da base de cálculo dessa contribuição, limitando-se a escriturar as receitas obtidas no período a que se refere o auto de infração;

h) que os valores constantes do auto de infração se apresentam equivocados, eis que englobam receitas de outras empresas aéreas, correndo o risco de lhe ser cobrada contribuição ao Finsocial calculada de forma aleatória, arbitrária e totalmente equivocada;

i) que está isenta da contribuição ao Finsocial por força do disposto no art. 1º, § 3º, do Decreto-lei nº 1.940, de 1982, que dispõe sobre a isenção dos serviços destinados ao exterior;

j) que existem companhias aéreas internacionais que são, segundo entendimento da Secretaria da Receita Federal, beneficiadas pela isenção tanto do Finsocial quanto da Cofins, devendo, portanto, ser aplicado o princípio constitucional-tributário da igualdade (art. 150, II, da Constituição Federal); e k) que é ilegal a indexação do Finsocial pela taxa referencial (TR) e pela taxa referencial diária (TRD).

Requer, ao final, seja realizada diligência e perícia em seu escritório de representação no Brasil, a fim de que sejam comprovadas as exclusões do faturamento apurado no auto de infração, para tanto indicando perito e formulando quesitos.

Protesta, ainda, pela juntada posterior de documentos que comprovem as exclusões a serem feitas do faturamento apurado pela fiscalização, já que essa documentação está sendo providenciada na sede da companhia, na Espanha.

A DRJ/CTA/PR, através da decisão singular de fls. 527/539, julgou procedente o lançamento, cujos fundamentos acham-se consubstanciados na seguinte ementa:

FINSOCIAL. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. DESCABIMENTO. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito relativo ao Finsocial decai após dez anos.

FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS. CONSTITUCIONALIDADE. São constitucionais os aumentos de alíquota do Finsocial das empresas exclusivamente prestadoras de

serviços, de 0,5% para até 2%, previstos em lei, e assim declarados pelo Supremo Tribunal Federal.

FINSOCIAL. BASE DE CÁLCULO. REPASSES. REEMBOLSOS. INDEDUTIBILIDADE. Não são dedutíveis da base de cálculo do Finsocial os repasses efetuados a outras companhias aéreas (endossos, code sharing, PTA, acertos, etc), por falta de amparo legal, e os reembolsos (vendas canceladas) não comprovados.

FINSOCIAL. ISENÇÃO. SERVIÇOS DESTINADOS AO EXTERIOR. EMPRESA ESTRANGEIRA. INAPLICABILIDADE. Não se aplica a isenção do Finsocial sobre serviços destinados ao exterior à venda de passagens aéreas realizada em território nacional por empresa estrangeira.

FINSOCIAL. ISENÇÃO. ACORDO INTERNACIONAL, DISCUSSÃO NA ESFERA JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO. A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa renúncia à esfera administrativa na parte da impugnação relativa à isenção do Finsocial por força de Acordo Internacional.

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. INDEFERIMENTO. É de se indeferir o pedido de diligências ou perícias quando consideradas prescindíveis.

IMPUGNAÇÃO. TR. TDR. ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, ILEGALIDADE, ARBITRARIEDADE OU INJUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR. Não compete à autoridade administrativa a apreciação de argüições de inconstitucionalidade, ilegalidade, arbitrariedade ou injustiça de atos legais e infralegais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional.

Cientificada da decisão (fls. 543), tempestivamente, a interessada interpôs o Recurso Voluntário de fls. 544/609, replicando os argumentos da impugnação.

Depósito recursal às fls. 610.

Novas petição às fls. 665/667, 669/674.

Às fls. 675 a DRF/SPO, comunica que a recorrente, em consórcio com outras empresas, impetrou mandado de segurança objetivando o não pagamento das contribuições sociais PIS e FINSOCIAL, obtendo êxito em primeira instância. Informa também que, por unanimidade, o pedido foi denegado em segunda instância, tendo sido negado o seguimento dos recursos especial e extraordinário.

Às fls. 677 e seguintes, a recorrente compareceu aos autos para informar que requereu a remissão do crédito tributário discutido nestes autos.

O Acórdão nº 303-31147 (fl. 732) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 17/02/2004, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

FINSOCIAL - DECADÊNCIA - As contribuições sociais, dentre elas a 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 as constitucionais que lhe forem específicas. Em face do disposto nos arts. 146, III, "b" e 149 da CF/88, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. À falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, ou de lei anterior recebida pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Cientificada do acórdão retromencionado contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls. 742/751), aviando o seu recurso 11/11/2004, com fulcro no art. 5º- I do RICSRF.

Aduz o d. Procurador que o acórdão recorrido extrapolou a competência do Conselho de Contribuintes, considerando que, deixando de aplicar o disposto no artigo 45 da Lei n.º 8.121/91, está, na verdade, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de tal dispositivo, em ofensa aos artigos 22-A do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais e 77 da Lei n.º 9.430/96.

Admitido o REsp da PFN em 14/07/2005 conforme Despacho exarado pela Presidente da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fls. 753), mediante o reconhecimento da existência de tempestividade e de contrariedade à lei entre o julgado e o acórdão paradigma apresentado.

Intimado a apresentar suas contra-razões a interessada após a ciência à folha 760, em 27/12/2005, e apresentou as contra-razões tempestivamente em 10/01/2006 (fl. 763).

Sustenta a interessada que o recurso especial da Fazenda Nacional não deve prosperar, conquanto não foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.212/91, mas sua ilegalidade, por ofensa ao CTN, não procedendo, destarte, o prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos. Isto porque a Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial tem natureza tributária, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Vale, portanto, o prazo da Fazenda Pública efetuar a cobrança daquele tributo o citado nos artigos 150 e 173 do CTN.

Solicita seja mantida a decisão recorrida quanto à questão da decadência.

É o relatório.



Voto

Conselheiro OTACILIO DANTAS CARTAXO, Relator.

O recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional preenche os quesitos necessários à sua admissibilidade quanto aos critérios de tempestividade e de divergência. Dele conheço.

Em sendo o Direito uma ciência dinâmica, mediante provocação, sobre os temas “decadência/prescrição e *termo a quo*”, debruçou-se o Superior Tribunal de Justiça, na busca da pacificação do conflito instaurado, para em se pronunciando de forma conclusiva, desenhar os contornos da nova jurisprudência a ser adotada pelos aplicadores do Direito em relação a esta questão.

O STJ, por unanimidade de votos, em decisão monocrática, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, por meio do REsp. 616.348/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, em 15/08/07, consubstanciado no art. 146, III, b, da CF/88 e da constatação de que se está no trato de norma geral tributária, o prazo de cinco anos contidos nos arts. 150, § 4º e 173, ambos do CTN, e no entendimento de que tal posição somente poderia ser alterada por lei complementar.

Em 11/06/2008, o Plenário do STF ao negar provimento aos Recursos Extraordinários 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, reconheceu que apenas por lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária, julgando inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do DL nº 1.569/77, que havia fixado em dez anos o prazo decadencial/prescricional para a apuração e constituição ou exigência das contribuições da seguridade social; e que determinava que o arquivamento administrativo das execuções fiscais de créditos tributários de pequeno valor seria causa de suspensão do curso do prazo prescricional, respectivamente.

Nesse julgamento foi aprovada a Súmula Vinculante nº 8, DJe nº 112/2008 e DOU, ambos de 20/06/2008 e p. 1, que dispõe:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Sintonizada com o entendimento exarado desta Súmula, no mesmo sentido se pronunciou a Procuradoria da Fazenda Nacional através do Parecer PGFN/CAT Nº 1617/2008. Para efeito de fixação do *dies a quo* do prazo de caducidade projetados nas contribuições previdenciárias, concluiu o referido parecer, em seu item 40, que o pagamento antecipado da contribuição (ainda que parcial) suscita a aplicação da regra especial contida no § 4º do art. 150 do CTN e que a inexistência de pagamento justifica a utilização da regra do art. 173 do mesmo diploma legal.

Em atenção ao dispositivo contido no parágrafo único do art. 4º do Dec. nº 2.346/97, há que se aplicar ao caso presente o entendimento exarado na Súmula nº 8 do STF.



No caso *sub judice* os fatos geradores da obrigação tributária ocorreram no período de apuração de 02/1991 a 03/1992, tendo sido lavrado o auto de infração em 15/02/01.

Transcorrido o lapso temporal de mais de cinco anos entre a data de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e a data da lavratura do auto de infração deve ser declarada a decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública.

Ex positis, não havendo preliminar a ser apreciada no recurso especial interposto, no mérito nego-lhe provimento.

É assim que voto.

Sala de Sessões, 08 de setembro de 2008.

OTACILIO DANTAS CARTAXO