



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 11030.000827/99-78
SESSÃO DE : 21 de outubro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664
RECURSO Nº : 127.105
RECORRENTE : AGROPECUÁRIA ZANCANARO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SANTA MARIA/RS

PRELIMINAR.

Afastada a preliminar de nulidade do lançamento, não assiste razão à interessada quanto à preliminar de nulidade do auto de infração. Ainda que houvesse tal nulidade, seria o caso de se invocar o art. 59, II, § 3º do Decreto 70.2356/72 para concluir pelo provimento ao recurso.

**MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.
INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍQUOTA DO FINSOCIAL
SUPERIOR A 0,5% PARA AS EMPRESAS COMERCIAIS E MISTAS.**

Houve o reconhecimento do Poder Executivo desde 1995 quanto à declaração de inconstitucionalidade da exação, pelo STF, quanto à alíquota superior a 0,5%, para os casos indicados. Posição oficialmente adotada pela SRF conforme Parecer COSIT 58/98, em vigor na data de ciência ao contribuinte do auto de infração em exame, ou seja, em 11/05/1999. Ademais, conforme lembrou o recorrente tanto o art. 15 da Lei 1.533/51 quanto a Súmula STF 304 permitem a conclusão de que a denegação de mandado de segurança, por si só, não obrigaria ao fisco o lançamento indevido por reconhecimento de inconstitucionalidade pela própria SRF quanto à alíquota excedente de 0,5%. Com o que o auto de infração em causa afronta aos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé na relação fisco-contribuinte. A Lei 10.522/2002 respalda a desconstituição do crédito tributário lançado a título de Finsocial, com alíquota superior a 0,5%, para empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, cujo crédito tributário não fora ainda extinto pelo pagamento.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

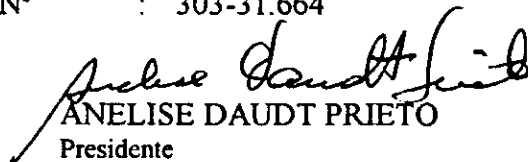
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

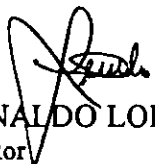
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, e no mérito, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 21 de outubro de 2004

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NILTON LUIZ BARTOLI, NANJI GAMA, SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIN e MARCIEL ELDER COSTA. Esteve presente a Procuradoria da Fazenda Nacional MARIA CECILIA BARBOSA.

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664
RECORRENTE : AGROPECUÁRIA ZANCANARO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SANTA MARIA/RS
RELATOR(A) : ZENALDO LOIBMAN

RELATÓRIO E VOTO

Trata-se de auto de infração, por meio do qual se exige o valor de R\$ 5.430,88 a título de FINSOCIAL e acréscimos legais.

Registra-se que houve impetração de Mandado de Segurança nº 91.1201954-2, em 19/12/1991 com alegação de inconstitucionalidade da exação com majoração da alíquota. Inicialmente foi indeferido o pedido de liminar e posteriormente houve denegação da segurança com julgamento favorável à União. Não houve recurso ou apelação, tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença em 01/10/1992. Não houve recolhimento do tributo nem depósito judicial.

O auto de infração lançou o tributo devido à alíquota de 2%, tendo sido cientificado ao contribuinte em 11/05/1999. Consideram-se aqui transcritos os termos do relatório de fls. 92/93.

Constam às fls. 08/31 cópias relativas ao MS supracitado que tramitou na Vara Única de Passo Fundo/RS.

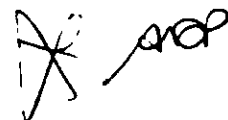
O contribuinte apresentou tempestivamente, em 09/06/99, nos termos constantes às fls. 39/57 a sua impugnação ao lançamento. Na oportunidade apresentou, em síntese, os seguintes principais argumentos:

1. Há ilegalidade e inconstitucionalidade na cobrança. Não foi observada no ato fiscal a forma prescrita em lei, o procedimento administrativo não encontra suporte legal, há caducidade do direito de constituir o crédito tributário;

2. O MS refere-se única e exclusivamente às competências após a sua propositura, ou seja, 12/1991 a 03/1992, enquanto a peça de lançamento consigna valores anteriores à data da inicial;

3. A Fazenda Pública deveria exercer o direito de constituição do crédito que entendia devido, a partir do trânsito em julgado; não o fez e, portanto, a decadência é manifesta;

4. O auto de infração é nulo pela falta de termo de abertura de ação fiscal e por falta de fixação do prazo máximo para a conclusão das diligências;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664

5. A alíquota de 2% é inconstitucional para as empresas comerciais e mistas;

6. Não é possível alegar a existência de coisa julgada sedimentada pela sentença proferida no MS, com base no art. 15 da Lei do MS e na Súmula 304 do STF;

7. Existe vedação legal para a constituição de tributo declarado inconstitucional pelo STF.

Requer o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da autuação e da decadência do direito de lançar.

A DRJ através da Decisão 397/2000, conforme documentos de fls.91/99, julgou procedente o lançamento. A decisão monocrática tomou por base os seguintes aspectos principais:

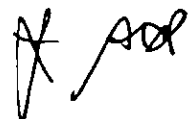
a) As questões sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos são da competência exclusiva do Poder Judiciário, não cabe serem aqui apreciadas. Quanto aos apontamentos de nulidade do auto de infração duas assertivas merecem análise:

1. Conforme art. 142 do CTN, o lançamento é privativo da autoridade administrativa, sendo atividade vinculada e obrigatória;

2. Um dos meios utilizados para o lançamento, previsto no PAF, é o auto de infração que, no caso, obedeceu às prescrições do art. 10 do Decreto 70.235/72.

Não é verdade que houvesse omissão do termo de início da ação fiscal, que se encontra à fl. 02, tendo dele sido cientificado o contribuinte em 23/03/1999. Também foi observado o prazo previsto no § 2º do art. 7º do PAF, visto que o auto foi cientificado ao contribuinte em 11/05/1999. Ademais as hipóteses de nulidade são previstas no art. 59 do referido PAF e não se observa sua ocorrência no caso concreto. Rejeitada a preliminar.

b) Quanto à decadência, observe-se o art. 150 do CTN que em seu *caput* dispõe que “*se a lei não fixar prazo...*”, resultando daí ter que se verificar a existência de ato que supra tal dispositivo. E ele existe. O Decreto-lei 2.049/1983 regula a cobrança, a fiscalização, o processo administrativo e de consulta acerca do FINSOCIAL. O seu art. 3º prevê que os contribuintes devem conservar os documentos comprobatórios dos pagamentos pelo prazo de dez anos. O art. 102 do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664

Regulamento do Finsocial, Decreto 92.698/86 confirma o entendimento ao fixar em dez anos o prazo para o exercício do direito de lançar a contribuição.

c) As decisões judiciais valem apenas entre as partes. A decisão do STF exposta no RE 159764-1/PE, de 16/12/1992 referente à inconstitucionalidade do FINSOCIAL, proferida no controle difuso da constitucionalidade das leis, não aproveita à impugnante, cristalizando-se assim a decisão do Poder Judiciário anexada às fls. 08/31.

d) A sentença denegatória de inconstitucionalidade do FINSOCIAL e da majoração de suas alíquotas, transitou em julgado, considerando-se corretas as alíquotas ditas "majoradas", não havendo motivo para a mudança daquele entendimento expresso na forma de coisa julgada material.

e) Quanto à temporalidade de abrangência da decisão definitiva proferida pelo Poder Judiciário em face da existência de vedação legal para constituição de tributos declarados inconstitucionais pelo STF, no caso concreto a sentença que transitou em julgado tem o caráter de declaratória, pelo que os débitos anteriores à propositura da ação também estão abrangidos pela sentença que estabeleceu a existência da relação jurídica, não se lhes aplicando o art. 18 da MP 1.973-62/2000.

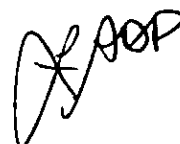
Consta à fl. 103 o documento AR que dá conta da ciência da decisão DRJ pelo interessado em 19/07//2000.

Em 14/08/2000, tempestivamente, foi apresentado o recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes.

Constam do recurso voluntário além da reiteração das razões antes apresentadas na impugnação:

1. Preliminarmente insiste em que não foi fixado prazo final para a conclusão das diligências com infração ao art. 196 do CTN, e que configura razão de nulidade do auto de infração;

2. A autuação foi em 11/05/1999, por auto de infração, sobre fatos geradores do período de 06/91 a 03/92. Tendo sido denegada a segurança no MS impetrado pelo contribuinte contra a inconstitucionalidade da cobrança de FINSOCIAL, transitada em julgado em 01/10/92, poderia a Fazenda ter exercitado o direito de lançar após a decisão judicial, mas não o fez e ocorreu a decadência. Ademais o ato fiscal contempla valores referentes a períodos anteriores à propositura da ação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664

3. A decadência se dá depois de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador.

Sem razão a decisão recorrida ao falar em dez anos para lançar a contribuição com base no Decreto-lei 2.049/83 e no Decreto 92.698/86, em face da Constituição federal/88 e a observância do CTN que é Lei complementar. Aliás, o STF, como por exemplo no RE 14975-2/93, definiu que a prescrição e a decadência são institutos regulados por lei complementar de normas gerais, aplicáveis às contribuições parafiscais.

No confronto entre lei ordinária e lei complementar, esta deve prevalecer. Os objetos do AI são receitas brutas de vendas de mercadorias no período de 06/91 a 03/92. As DIRPJ referentes aos anos base de 1991 e 1992 foram homologadas em 1992 e 1993. Se não bastasse, a sentença do MS transitou em julgado em 01/10/92 (sic), e assim se iniciou novo prazo para o lançamento, mas a Fazenda permaneceu inerte.

4. Junta jurisprudência do TFR e do STJ às fls. 115/119 acerca da confirmação do prazo quinquenal para a decadência do direito de lançar.

5. Da Inconstitucionalidade da cobrança do FINSOCIAL à alíquota de 2,0%, sobre as empresas comerciais e mistas declarada pelo STF resultou a MP 1.973-63/2000 que expressamente dispensa a constituição de crédito à Fazenda Nacional bem como determina o cancelamento de lançamento e inscrição na DA relativamente a FINSOCIAL exigido das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas com alíquota excedente a 0,5%..

Por tais motivos requer o acatamento de suas razões para que se dê provimento ao recurso, tornando-se insubsistente o lançamento tributário.

Registra-se que o contribuinte apresentou pedido de arrolamento de bens em garantia ao recurso, o que foi inicialmente indeferido sob o argumento de que ainda não havia sido regulamentada essa hipótese. Dessa forma, pela não apresentação do comprovante de depósito de 30% do débito em causa fora indeferido o prosseguimento do recurso voluntário. Entretanto depois de obter liminar em Mandado de Segurança o interessado assegurou seu direito de prosseguimento do recurso mediante o arrolamento dos bens oferecidos em garantia, conforme documentos de fls. 155/169. É o relatório.

Trata-se de matéria da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes e estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664

Penso que não assiste razão à interessada quanto à preliminar de nulidade do auto de infração. Ademais ainda que houvesse tal nulidade, seria o caso de se invocar o art. 59, II, § 3º do Decreto 70.2356/72 para concluir pelo provimento ao recurso pelas razões a seguir enunciadas.

No caso concreto não houve antecipação de pagamento para os fatos geradores de FINSOCIAL ocorridos entre 06/1991 e 03/1992, e o auto de infração para constituir o crédito tributário correspondente somente foi cientificado ao contribuinte em 11/05/1999 quando já se havia escoado por completo o prazo decadencial para o direito-dever do lançamento.

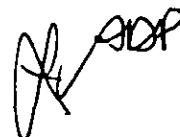
Porém, mesmo que se não considerasse a extinção do direito de constituir o crédito em causa, houve o reconhecimento do Poder Executivo desde 1995 quanto à declaração de inconstitucionalidade da exação, pelo STF, quanto à alíquota superior a 0,5% para os casos indicados; posição oficialmente adotada pela SRF conforme Parecer COSIT 58/98 em vigor na data de ciência ao contribuinte do auto de infração em exame, ou seja, em 11/05/1999.

A recorrente ainda suscitou outras questões tais como a dispensa de constituição de crédito do FINSOCIAL com alíquota superior a 0,5% determinada pela MP 1.770-49, posteriormente com nova redação dada pela MP1.973-63/2000 e a circunstância de que Mandado de Segurança denegado não impede a obediência à MP 1.973-63/2000 quanto ao não lançamento de FINSOCIAL com alíquota superior a 0,5%.

Conforme lembrou o recorrente tanto o art. 15 da Lei 1.533/51 quanto a Súmula STF 304 permitem a conclusão de que a denegação de mandado de segurança, por si só, não obrigaria ao fisco o lançamento indevido por reconhecimento de inconstitucionalidade, pela própria SRF, quanto à alíquota excedente de 0,5%.

Com o que o referido auto de infração afronta, s.m.j., os princípios da moralidade administrativa e da boa-fé na relação fisco-contribuinte.

Sem embargo, o entendimento da administração tributária, na data do lançamento, era aquele consubstanciado no Parecer COSIT nº 58/98. Adoto aqui o entendimento expresso pelo eminente Conselheiro Irineu Bianchi em outros processos referentes ao FINSOCIAL, quanto às restrições apontadas no Parecer PGFN/CRJ/Nº 3401/2002, aprovado no Despacho do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, publicado no D.O.U. de 2 de janeiro de 2003, que, contudo, abrange a dispensa de constituição de crédito tributário ou a autorização para a sua desconstituição, mormente quando não tenha ocorrido a extinção do suposto crédito pelo pagamento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664

Consta do Despacho do Sr. Ministro da Fazenda 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 transitadas em julgado, não são suscetíveis de restituição ou de compensação em decorrência de a norma 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 n. 2.176-79/2002, convertida na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, somente alcançam a situação de créditos tributários que ainda não estivessem extintos pelo pagamento

No item "1", estão englobados os casos onde houve o questionamento judicial e as decisões foram favoráveis à Fazenda Nacional, o que não é o caso dos presentes autos, uma vez que não há qualquer notícia de que a parte interessada tenha efetuado o pagamento da exação à alíquota de 2%, e tampouco pleiteou restituição perante o Poder Judiciário.

Já o item "2", embora pretenda dizer mais do que a própria Medida Provisória nº 1.110/95, que admitiu a inconstitucionalidade da exigência de que tratam os presentes autos, é de se observar que alcança o caso concreto, não houve pagamento do tributo lançado com alíquota além de 0,5%, o que torna clara a impropriedade do lançamento efetuado em 11/05/1999.

Independentemente do meu entendimento, em tese, quanto à melhor interpretação legal a orientar a fixação do termo de início da contagem do prazo prescricional para o direito do contribuinte, penso que no âmbito deste processo deve ser fixado o critério estabelecido pelo Parecer 58/98, que alude à MP 1.110/95, que por sua vez reconheceu a inconstitucionalidade da exigência.

Da originária MP 1.110/1995 surgiu a MP 2.176-79 e posteriormente a Lei nº 10.522/2002, que em seu art. 18, III, assim dispôs:

"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:

I-...(omissis)

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.105
ACÓRDÃO Nº : 303-31.664

II-...

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% (cinco décimos 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”.

A Lei 10.522/2002 respalda a desconstituição do crédito tributário lançado a título de Finsocial, com alíquota superior a 0,5%, para empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, cujo crédito tributário não fora ainda extinto pelo pagamento.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2004


ZENALDO LOIBMAN - Relator 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES



Processo nº: 11030.000827/99-78
Recurso nº: 127105

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-31664.

Brasília, 06/12/2004


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em