



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

2.º	PUBL. ADO NO D. O. U.
C	12 07 / 2000
C	Rubrica

Processo : 10384.001430/96-14
Acórdão : 201-73.043
Sessão : 17 de agosto de 1999
Recurso : 103.088
Recorrente : COBEL - COMÉRCIO BEBIDAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Fortaleza - CE

FINSOCIAL – EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL TRATANDO DE MATÉRIA IDÊNTICA ÀQUELA DISCUTIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO – 1) A submissão da matéria ao crivo do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao ato administrativo de lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade julgadora administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, que terá a exigibilidade adstrita à decisão definitiva do processo judicial (art. 5º, XXXV, CF/88). **2)** Entretanto, em face da peculiaridade do caso concreto, onde o STF, em julgamento do RE nº 150.764-1/PE, confirmou a exigibilidade da contribuição e declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 7.689/88; artigo 7º da Lei nº 7.787/89; artigo 1º da Lei nº 7.894/89 e do artigo 1º da Lei nº 8.147/90, que alteravam a alíquota da contribuição, a partir de setembro de 1989, é incabível a aplicação de alíquota superior a 0,5%, quando não se tratar de empresas exclusivamente prestadoras de serviços. **3)** A análise da controversia pelas Cortes Administrativas se respalda nas determinações do Decreto nº 2.346/97, que estabelece que as decisões do STF deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta. **MULTA DE OFÍCIO – O não cumprimento do dever jurídico cometido ao sujeito passivo da obrigação tributária enseja que a Fazenda Pública, desde que legalmente autorizada, ao cobrar o valor não pago, imponha sanções ao devedor. RETROAÇÃO DE LEGISLAÇÃO MENOS GRAVOSA:** 1) Aplica-se a fato pretérito, objeto de processo ainda não definitivamente julgado, a legislação que imponha penalidade menos gravosa do que a prevista na legislação vigente ao tempo da ocorrência. 2) Para os fatos geradores ocorridos a partir de 30/06/91, reduz-se a penalidade aplicada ao percentual determinado no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96, conforme o mandamento do artigo 106, II, do Código Tributário Nacional. **Recurso a que se dá provimento parcial para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
COBEL - COMÉRCIO BEBIDAS LTDA.



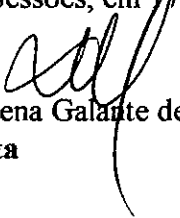
MINISTÉRIO DA FAZENDA

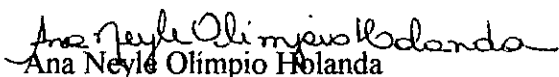
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10384.001430/96-14
Acórdão : 201-73.043

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Geber Moreira.

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 1999


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


Ana Neyle Olímpio Holanda
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Serafim Fernandes Corrêa, Valdemar Ludvig, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.
cl/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10384.001430/96-14
Acórdão : 201-73.043
Recurso : 103.088
Recorrente : COBEL - COMÉRCIO BEBIDAS LTDA.

RELATÓRIO

COBEL COMÉRCIO BEBIDAS LTDA, pessoa jurídica nos autos qualificada, contra quem foi lavrado Auto de Infração (fls. 01/05), em 14/06/96, pela falta de recolhimento da Contribuição para o FINSOCIAL, no período de JANEIRO a MARÇO de 1992, com fulcro nos artigos 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.940/82; artigos 16, 80 e 83 do Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698/86; e artigo 28 da Lei nº 7.738/89.

A autuada impugnou o lançamento, onde, em síntese, alega o que se segue:

- a) a improcedência da autuação, vez que a compensação efetuada encontra amparo legal no artigo 66, da Lei nº 8.383/91, que permitiu a compensação, de acordo com as condições e garantias que estabeleceu, sendo exorbitante a IN SRF nº 67/92, quando remeteu ao Fisco sua prévia aprovação;
- b) que a compensação é inteiramente legítima, frente ao pronunciamento do STF no RE nº 150.764-PE, acerca da inconstitucionalidade dos aumentos de alíquota superiores a 0,5%, em consequência a instauração do procedimento fiscal é ilegal e abusiva;
- c) que ajuizou Ação Ordinária de Repetição do FINSOCIAL, pago indevidamente, anexando cópia da inicial, circunstância que inviabiliza a instauração do procedimento fiscal, até que seja decidida a matéria, com eficácia de coisa julgada; e
- d) que a autuação foi efetuada apenas a título de cautela, o que resta evidenciado no Termo de Encerramento da Ação Fiscal, razão que impõe o não acolhimento do Auto de Infração.

A autoridade recorrida não conheceu da impugnação, por considerar que houve renúncia à instância administrativa. O entendimento da autoridade julgadora *a quo* foi resumido nos termos da ementa a seguir transcrita:

“CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL (FINSOCIAL)

RENÚNCIA E DESISTÊNCIA DA VIA ADMINISTRATIVA



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10384.001430/96-14
Acórdão : 201-73.043

AÇÃO JUDICIAL

A opção pela via judicial, não obstante a existência de processo administrativo fiscal, importa renúncia às instâncias administrativas, tornando definitiva nessa esfera, a exigência do crédito tributário em litígio.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual – antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

ENQ. LEGAL: Ato Declaratório (Normativo) nº 03, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, datado de 14/02/96.”

Irresignada com a decisão singular, a autuada, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, onde aduz as razões a seguir elencadas:

- a) que, amparada pela norma do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, tem o legítimo direito de discutir em juízo a ilegalidade da cobrança do FINSOCIAL, face à declaração de inconstitucionalidade pelo STF da majoração de alíquotas, o que não importa em renúncia às instâncias administrativas, como equivocadamente afirma o Parecer nº 007/97, vez que a defesa administrativa visa exatamente afastar a autuação porque a matéria está *subjudice*;
- b) que não houve óbice para a apreciação da matéria posta na defesa oferecida contra o auto de infração, razão pela qual reproduz em toda sua literalidade os argumentos ali expendidos.

Ao encerrar a sua peça recursal, a autuada pugna pelo acolhimento do recurso.

É o relatório.



Processo : 10384.001430/96-14

Acórdão : 201-73.043

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Para fundamentar a exação, ora questionada, a autoridade autuante inscreveu na “DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL” (fls. 02) que, instado a apresentar os comprovantes dos recolhimentos dos meses referidos no Auto de Infração, o contribuinte informou que “não efetuou os pagamentos, tendo em vista ter feito a compensação com os pagamentos efetuados a maior nos meses de setembro de 1989 a novembro de 1991, conforme processo nº 95.140-4, que se encontra na primeira vara da Justiça Federal para proferir sentença (...)”.

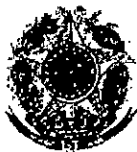
Entretanto, pela cópia da petição inicial da Ação Ordinária acima referida (fls. 20/26), tem-se que o pleito das impetrantes pleiteavam o reconhecimento, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade da Contribuição para o FINSOCIAL com alíquota superior a 0,5% (meio por cento), e a compensação dos créditos existentes em seu favor com débitos vencidos ou vincendos de COFINS, como a seguir transcrevemos:

“2. Seja julgada procedente a presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito, reconhecendo, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do FINSOCIAL com alíquota acima de 0,5%;

3. Ao final, seja permitida a COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS EXISTENTES EM FAVOR DAS AUTORAS, COM DÉBITOS VINCENDOS OU VENCIDOS DE COFINS – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, cujos valores a compensar deverão ser apurados em liquidação de sentença.”

Ex positis, tem-se que o único ponto de contato entre a Ação Ordinária nº 95.140-4, da qual a recorrente é parte, cinge-se ao questionamento da inconstitucionalidade das majorações de alíquotas da Contribuição para o FINSOCIAL, vez que a compensação ali pleiteada não se refere a tal contribuição, e sim, a outro tributo.

Conforme grafado no “DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL” (fls. 03), a exação ocorreu utilizando-se a alíquota de 0,5% (meio por cento). Iterativas são as decisões deste Segundo Conselho de Contribuintes no sentido de que, *ex vi* do artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/79 e do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, o ajuizamento de ação judicial, seja anterior ou posterior à constituição de ofício do crédito tributário, tratando da mesma matéria, objeto da ação fiscal, configurar-se-à em inequívoca renúncia da discussão pela via administrativa.



Processo : 10384.001430/96-14

Acórdão : 201-73.043

Nesse sentido, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 24.040-6-RJ, datado de 27/09/95, publicado no DJU em 16/10/95, em que foi relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que trata de ação declaratória que antecedeu a autuação fiscal, assim se pronunciou:

“Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.

I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80.”

O Contencioso Administrativo, no direito brasileiro, tem a finalidade primordial de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, através da revisão dos mesmos, visando basicamente evitar um possível posterior ingresso em Juízo, com os ônus que isso pode acarretar a ambas as partes. Assim, não é cabível às instâncias julgadoras administrativas adentrar no mérito de questão idêntica àquela posta ao conhecimento do Poder Judiciário, sob pena de se ter ferido o princípio da unidade da jurisdição, assente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, salvo se houver manifestação anterior de matéria idêntica pelas Cortes Superiores.

Entretanto, em face da peculiaridade do caso concreto, onde tem-se que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/PE, confirmou a exigibilidade da Contribuição para o FINSOCIAL e declarou a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos legais: artigo 9º da Lei nº 7.689/88; artigo 7º da Lei nº 7.787/89; artigo 1º da Lei nº 7.894/89 e do artigo 1º da Lei nº 8.147/90, que alteravam a alíquota da contribuição, a partir de setembro de 1989, quando se tratar de empresas vendedoras de mercadorias ou mistas, e a legislação¹ que regula o tratamento a ser dado pela Administração Pública quanto aos créditos tributários baseados em lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, devemos tomar diferente direção.

¹ A Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 1.873-51, de 27/07/99, que dispensam a constituição de créditos, o ajuizamento da execução e cancelam o lançamento e a inscrição da correspondente à contribuição para o FINSOCIAL das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, na alíquota superior a 0,5%, com exceção dos fatos geradores ocorridos no exercício de 1988, onde prevalece a alíquota de 0,6%, por força do artigo 22 do Decreto-lei nº 2.397/87.

O Decreto nº 2.346, de 10/10/97, em seu artigo 1º, dispõe que 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10384.001430/96-14

Acórdão : 201-73.043

Diante de tais fatos, e em atendimento às disposições citadas, não resta a menor dúvida que a autoridade julgadora administrativa deve se manifestar, mesmo antes do julgamento definitivo do processo judicial, para adequá-lo à decisão do STF. Também em nome da preservação dos princípios da celeridade e da economia processual.

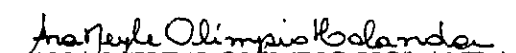
Portanto, *ex vi legis*, impõe-se, *a priori*, o reconhecimento de que a exação deve limitar-se aos valores decorrentes da aplicação da alíquota de 0,5% (meio por cento), vez que a recorrente é empresa comercial, conforme cópia da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica/1993 (fls. 09/16).

Nesse ponto a exação encontra-se em total conformidade com a decisão do Pretório Excelso, vez que, conforme grafado no "DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL" (fls. 03), a exação ocorreu utilizando-se a alíquota de 0,5% (meio por cento), estando a sua manutenção arrimada pelos dispositivos legais citados.

Entretanto, a multa de ofício aplicada no lançamento, baseada no artigo 4º, I, da Lei nº 8.218/91, por se tratar de penalidade, cabe a redução do percentual para 75%, para os fatos geradores ocorridos a partir de 30/06/91, como determinado no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96, conforme o mandamento do artigo 106, II, do Código Tributário Nacional.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75.

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 1999


ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA