

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

LADS/

PROCESSO Nº : 10530-000.860/92-46
RECURSO Nº : 85.301
MATÉRIA : FINSOCIAL/FATURAMENTO - EXS: 1991 e 1992
RECORRENTE : SANTANA & MARTINS LTDA.
RECORRIDA : DRF em Feira de Santana - BA.
SESSÃO DE : 14 de novembro de 1996
ACORDÃO Nº : 101-90.450

- **OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL** - Fica sobrestada o julgamento da exigência tributária, quando o Contribuinte recorre à via judicial, mediante Ação Declaratória de Inexistência de Obrigação de recolhimento do crédito tributário lançado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SANTANA & MARTINS LTDAS.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, face à opção pela via judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 11 DEZ 1996

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, CELSO ALVES FEITOSA, RAUL PIMENTEL e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

PROCESSO Nº : 10530-000.860/92-46
ACÓRDÃO Nº : 101-90.450

RECURSO NR. : 85.301
RECORRENTE : SANTANA & MARTINS LTDA.

RELATÓRIO

SANTANA & MARTINS LTDA., recorre a este Conselho da decisão do Sr. Delegado da Receita Federal em Feira de Santana (BA), que julgou procedente a exigência fiscal formalizada no Auto de Infração de fls. 02.

O lançamento fiscal é decorrente de fiscalização a que foi submetida a contribuinte, na qual foi constatada a falta de recolhimento da contribuição devida ao Finsocial relativamente aos fatos geradores de agosto de 1991 a março de 1992.

A base legal do auto de infração está na seguinte legislação: art. 1º do Decreto-lei 1.940/82, combinado com os artigos 16, 80 e 83 do Decreto n.º 92.698/86 e artigo 1º da Lei n.º 8.147/90.

Intimada da autuação em 22/06/92, conforme AR de fls. 06, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 07-11, na qual alegou, em síntese:

Em preliminar, alegou nulidade do lançamento sob o fundamento de que está discutindo a constitucionalidade do Finsocial em mandado de segurança impetrado na Justiça Federal da Bahia. Tendo em vista que o mandado de segurança foi processado com medida liminar, não poderia a autoridade fiscal ter constituído o crédito tributário.

No mérito, aduziu que:

a) o Finsocial não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois não se encontra entre os impostos da União arrolados em seu artigo 153;

PROCESSO Nº : 10530-000.860/92-46
ACÓRDÃO Nº : 101-90.450

b) se admitido o Finsocial como imposto da competência residual da União (artigo 154), o mesmo é inconstitucional por não ter sido instituído por lei complementar, por ser cumulativo e alcançar base de cálculo própria de outros impostos;

c) o artigo 56 do ADCT, da CF de 1988, deu sobrevida ao Finsocial até que fossem criadas as três espécies de contribuições sociais previstas no artigo 195, I, da Constituição Federal. Já existentes as contribuições sobre a folha de salários e sobre o faturamento (PIS), a última, sobre o lucro, foi criada pela Lei n.º 7.689/88. Restou, a partir da vigência desta lei, extinto o Finsocial;

Reclamou, ainda, que os valores relativos aos fatos geradores agosto, setembro e outubro de 1991, incluídos no auto de infração, foram depositados em juízo, conforme documentos juntados às fls. 12.

Foram carreados aos autos os seguintes documentos relativos ao mandado de segurança impetrado na 6ª Vara da Justiça Federal da Bahia: a) cópia da medida liminar, concedida mediante depósito; b) cópia da inicial (fls. 16-24); c) cópia da sentença (fls. 25-28), a qual denegou a segurança e tornou insubsistente a liminar.

A autoridade julgadora administrativa de primeira instância rejeitou a preliminar de nulidade do auto de infração. Fundamentou a decisão no fato de que inexistia no auto de infração erro formal passível de enquadramento nas hipóteses de nulidade do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72.

Aduziu, ainda, que a autuada não pode se considerar respaldada pela medida liminar, pois deixou de depositar os valores contestados, condição de validade do provimento judicial.

No mérito, destacou que a impugnante não fez prova das inconstitucionalidades do Finsocial; pelo contrário, impetrou mandado de segurança versando

PROCESSO Nº : 10530-000.860/92-46
ACÓRDÃO Nº : 101-90.450

os mesmos argumentos de inconstitucionalidade da exação, no qual teve negada a segurança no julgamento de primeira instância.

Intimada da decisão em 28/11/93, conforme AR de fls. 36, a contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 37-40. Repetiu o argumento já expendido na impugnação, segundo o qual a autoridade fiscal não poderia lavrar auto de infração de crédito tributário que estava com a exigibilidade suspensa por medida liminar.

No mérito, alegou que:

a) em julgamento de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o Finsocial até o percentual de 0,5%. Cabe, portanto, excluir do auto de infração os valores que excederem ao que for apurado por tal alíquota;

b) a recorrente pretende liquidar o valor devido até o percentual definido pelo Supremo Tribunal, para o que requer o reconhecimento ao direito de compensação dos valores que recolheu a maior a partir de setembro de 1989.

Cópia de pedido de compensação dirigido ao Delegado da Receita Federal em Feira de Santana (BA) foi juntado às fls. 39/40.

É o relatório.

PROCESSO Nº : 10530-000 860/92-46
ACÓRDÃO Nº : 101-90.450

VOTO

Conselheiro, EDISON PEREIRA RODRIGUES - RELATOR

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos da lei. Dele tomo conhecimento.

Alega a recorrente em preliminar de mérito que o auto de infração é nulo em razão de ter sido lavrado enquanto vigente medida liminar suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

A propositura de medida judicial, de que resultar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não afeta o direito da Fazenda Nacional efetuar o lançamento.

A orientação emanada da Procuradoria da Fazenda Nacional (Brasília/DF), conforme Parecer n.º 743/88 (DOU de 14/10/88)) é de que a autoridade lançadora tem o dever de diligência no trato da coisa pública, devendo constituir o crédito tributário pelo lançamento para preservar a obrigação tributária do efeito decadencial. Esclarece o Parecer PGFN n.º 17/92, de cujo texto se extrai as seguintes assertivas:

“Inicialmente cabe esclarecer que a existência de depósito judicial do valor da exação questionada, bem como a concessão de liminar em Mandado de Segurança, não impedem a fluência de prazo decadencial, sendo, pois, necessária a constituição do crédito tributário a fim de garantir os interesses da Fazenda Nacional.

Com efeito, em algumas decisões interlocutórias, Juizes Federais de 1º Instância, ao concederem medidas liminares, esclarecem que a autoridade fiscal deve adotar tal providência. Como exemplo, observa-se o despacho proferido na Ação Cautelar n.º 92.0006660-7:

‘Defiro o depósito requerido, o qual, se integral, suspende a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, esclarecendo desde já que o referido depósito

PROCESSO Nº : 10530-000.860/92-46
ACÓRDÃO Nº : 101-90.450

não inibe o fisco de efetuar a sua fiscalização e nem o(s) Impetrante(s) das obrigações acessórias, observando que, se for o caso, para se evitar a decadência, é lícito à autoridade fiscal efetuar o lançamento do tributo, ficando vedado, com o depósito, apenas a sua exigibilidade. Curitiba, 04/06/92 - TADAAQUI HIROSE -Juiz Federal da 1º Vara.'

No Poder Judiciário existe outro precedente no mesmo sentido, conforme Acórdão unânime da 9ª Câmara do 1º TAC/SP - AG 578.708-4, de 21/06/94, com a seguinte ementa:

“Em suma, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não alcança a constituição do crédito tributário, e o depósito judicial somente suspende, em regra, a exigibilidade, mas não a constituição do crédito tributário.”

Desta forma, no caso dos autos, o lançamento foi promovido pela autoridade administrativa dentro da moldura estabelecida no artigo 142 do Código Tributário Nacional e Decreto n.º 70.235/72, unicamente para prevenir a decadência.

No mérito, dois são os argumentos postos a apreciação deste colegiado: o primeiro, de que o Finsocial é inconstitucional; o segundo, de que, se acolhida a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do Finsocial pela alíquota de 0,5%, cabe compensar do *quantum* apurado os valores que foram recolhidos a maior a partir de setembro de 1989.

O cotejo dos argumentos de inconstitucionalidade alinhados na impugnação e depois repetidos nesta via recursal com os contidos no mandado de segurança, mostra perfeita identidade de teses. Isto é, os mesmos argumentos levados à apreciação da Justiça Federal também o foram à apreciação da esfera administrativa.

No que concerne a discussão do crédito tributário, rege a Lei n.º 6.830/80, *verbis*:

PROCESSO Nº : 10530.000860/92-46
ACÓRDÃO Nº: 101-90.450

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto”. (sublinhei)

Por força deste dispositivo legal e dada a identidade de argumentos expendidos em uma e outra esfera de julgamento, deixo de examiná-los nesta via recursal.

Por fim, admitindo ser constitucional o Finsocial até o percentual de 0,5%, a recorrente quer reconhecimento ao direito de compensação de valores que diz ter recolhido a maior a partir de setembro de 1989.

A pretensão não pode ser examinada, pois extrapola os limites do processo, que cinge-se à exigência constante do auto de infração. Por outro lado, se assim não fosse, o exame nesta fase recursal estaria prejudicado em razão da matéria não ter sido prequestionada na impugnação.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº : 10530.000860/92-46
ACÓRDÃO Nº : 101-90.450

Por estas razões, voto no sentido de não conhecer do recurso face à opção pela via judicial.

Brasília (DF), em 14 de novembro de 1996


EDISON PEREIRA RODRIGUES - RELATOR