



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.067843/93-08
SESSÃO DE : 21 de outubro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663
RECURSO Nº : 127.654
RECORRENTE : AÇOS F. SACCHELLI LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

PAF. AÇÃO JUDICIAL. A propositura de ação judicial impede a apreciação da matéria na esfera administrativa.

MULTA DE OFÍCIO. Conforme reconhecido pelo próprio autuante, a exigibilidade da contribuição para o Finsocial estava suspensa quando do lançamento. Incabível, pois, a imputação de multa de ofício.

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, não tomar conhecimento do recurso voluntário no que concerne à matéria discutida judicialmente e, quanto à multa de ofício, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 21 de outubro de 2004


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente e Relatora

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

RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663
RECORRENTE : AÇOS F. SACCHELLI LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR(A) : ANELISE DAUDT PRIETO

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão recorrida, *verbis*:

A empresa identificada foi objeto de procedimento de fiscalização, cujo resultado foi a lavratura do auto de infração de Fundo de Investimento Social- Finsocial (fls. 03/08), em que se exige o recolhimento de 75.040,28 UFIR de contribuição, multa de lançamento de ofício de 100% prevista no art. 4º, I, da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, além dos acréscimos legais, conforme demonstrativo de multas e juros de mora à fl. 05.

2. A autuação decorreu da irregularidade narrada no Termo de Constatação de fl. 03, e na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fl. 07, sendo, em resumo, que a contribuinte deixou de recolher a contribuição para o Finsocial sobre os fatos geradores ocorridos no período de apuração 11/1991 a 03/1992, com enquadramento legal no art. 1º, § 1º, do Decreto-lei n.º 1.940, de 25 de maio de 1982, arts. 16, 80 e 83 do Regulamento do Finsocial, aprovado pelo Decreto n.º 92.698, de 21 de maio de 1986, art. 28 da Lei n.º 7.738, de 09 de março de 1989 e art. 1º da Lei n.º 8.147, de 28 de dezembro de 1990.

3. Cientificada em 14/12/1993, tempestivamente, em 13/01/1994, por meio de procurador, mandato de fl. 19, apresenta a impugnação de fls. 11/18, trazendo alegações, a seguir, em síntese.

4. Argumenta, em preliminar, que a constitucionalidade do Finsocial foi objeto de ação judicial, tendo obtido sentença favorável de primeira instância e que essa decisão significa crédito seu relativamente a essa contribuição; diz, também, que nem mesmo sentença em sentido contrário alteraria a situação pois sempre pagou o Finsocial observando alíquotas superiores a 0,5%.

5. Sustenta, ainda em preliminar, que o fisco confessa só ter efetuado o lançamento impugnado para prevenir-se contra os efeitos da decadência, pretendendo com isso interromper o curso

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

decadencial de cinco anos, o que é figura não contemplada na legislação tributária, esquecendo-se de que:

(a) o prazo de decadência não se interrompe, o que só ocorre com o de prescrição (art. 174, parágrafo único, do CTN);

(b) o crédito tributário, para ser exigido, presume tenha sido antes definitivamente constituído;

(c) o caso em análise está *sub judice*, eis que quer provar em juízo que a fazenda não tem direito de crédito tributário contra si, tendo obtido sucesso com a obtenção de sentença de mérito favorável;

(d) o fisco fica impedido de autuá-lo por estar a matéria *sub judice* (art. 62 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

6. Afirma, ainda, que a medida administrativa mostra-se inócua, não só por falta de suporte legal, como, principalmente, por infringência à legislação; dessa forma, o que impugna é o auto de infração, por se mostrar impraticável a opção legal de impugnar o crédito tributário constituído, uma vez que o que se discute judicialmente é exatamente a existência ou não de crédito tributário, não se podendo, desde já, considerá-lo constituído.

7. Na seqüência, tece considerações sobre a inconstitucionalidade do Finsocial, que já teria sido assim declarada pelo STF, tendo tal declaração valor *erga omnes* e *ex tunc*; assim, se pago ou recolhido o tributo, e por ter deixado de ter causa jurídica ou eficácia financeira ou econômica, e por isso, ter perdido a causa que lhe deva suporte, deve ser restituído, porque se tornou indevido, o que é, também, o entendimento do Poder Judiciário.

8. Diz, ainda, que a própria Receita Federal reconhece que os contribuintes estão obrigados ao recolhimento do Finsocial pela alíquota de 0,5%, conforme consta das instruções sobre parcelamento contidas no Boletim Central - Cosit n.º 48, de 08 de maio de 1993.

9. Afirma que a exigibilidade do crédito não foi observada, pois a fazenda deveria verificar os aspectos formais da apuração de certeza e liquidez da dívida que pretende ver inscrita (sic), notadamente no que toca à legalidade e constitucionalidade de tal crédito; diz, também, que a exigência de tributo em desacordo com as previsões

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

constitucionais e legais, revela-se desprovida de objeto lícito e dá causa irremediável à nulidade da autuação e que essa exigência, contida no auto de infração, acarreta a superposição de tributos onerando-lhe de vez que de forma questionável juridicamente pretende obrigar a repetição do pagamento, tornando clara a coação que lhe é exercida.

10. Argúi que a exigência fundada em presunção não tem validade nem eficácia, pois ninguém adquire direitos contra a lei; assim, ocorreu o cerceamento do seu direito de defesa pois não lhe foi dada ciência dos dispositivos legais que embasariam a autuação; diz que sequer foi oficialmente instada a prestar esclarecimentos, nem dada oportunidade de apresentar contra prova; aliás, argumenta que o ônus probatório é todo do fisco, eis que infringiu o previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

11. Alega que na presente circunstância a exigência do tributo se apresenta com clara aparência de confisco; sendo esse também o caso da multa cobrada; diz que o fisco está impedido, sob pena de atentado ao ato jurídico perfeito e ofensa direta e frontal à Constituição Federal, de exigir, impor ônus ou gravames, lançar tributo ou contribuição, ou de cobrar aquilo que lançara por notificação ou auto de infração.

12. Levanta, também, a questão da responsabilidade civil do Estado nos prejuízos que causa aos administrados (art. 37, § 6º, da Constituição Federal), além da responsabilidade das próprias autoridades fiscais, haja vista que a ninguém é dado a alegação de ignorância da lei, muito menos ao agentes do fisco.

13. Ao final, pede que se julgue nulo de pleno direito o lançamento em apreço, liberando-a da contribuição, multa e encargos legais.

O julgado a quo não conheceu da impugnação, em decisão cuja ementa transcrevo a seguir:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/11/1991 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL. AÇÃO JUDICIAL



RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas (Ato Declaratório Normativo nº 3/96 - COSIT).

MULTA DE OFÍCIO

Não estando, quando do lançamento de ofício, suspensa a exigibilidade por qualquer das previsões constantes do art. 151 do CTN, é cabível a exigência da multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO DO PERCENTUAL

A multa de ofício aplicada deverá ser reduzida para 75% do valor do tributo, por força do artigo 44, I, da Lei n.º 9.430, de 1996, pelo princípio da retroatividade benigna determinado pelo CTN, art. 106, II, "c", segundo a orientação dos Atos Declaratórios Normativos COSIT nº 01 e nº 09, de 1997.

Tempestivamente a contribuinte apresentou recurso voluntário comprovando ter procedido à garantia de instância. Aduziu, em preliminar, as seguintes preliminares de nulidade:

a-) O auto de infração, que representaria um lançamento de ofício, não seria o meio competente para a efetivação da cobrança. Não poderia impor multa e não poderia ter sido lavrado sem prévia anuência do interessado. Seria declaratório e não constitutivo.

b-) A autuação seria nula, não apresentando liquidez, certeza e exigibilidade. A iliquidez diria respeito à cobrança de alíquota indevida de 2%, com a ignorância do resultado da ação judicial que declarou inconstitucional a cobrança à alíquota superior a 0,5%.

No que chamou de mérito, trouxe decisão do STF, argumentando que a autuação seria indevida e não mereceria prosperar, sob pena de desacato.

Afirmou ainda que a ação ordinária não estaria pendente de julgamento, tendo há muito transitado em julgado, conforme Andamento Processual que demonstraria que a ação ordinária já teria superado a fase de execução, estando aguardando somente a expedição de ofício precatório.

Além disso, a própria SRF, por meio do Boletim Central nº 48, de 08/05/93, teria reconhecido a aplicabilidade da alíquota de 0,5%, ao dispor que nos

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

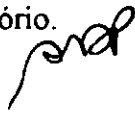
RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

parcelamentos relativos ao Finsocial poderiam ser levadas em consideração as decisões já proferidas pelo STF.

Aduziu não estar pleiteando a análise da constitucionalidade do tributo e sim que se fizesse valer o seu direito já definitivamente garantido pelo STF.

Concluiu pleiteando a anulação do processo.

É o relatório.



RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração, lembrando que o CTN, em seu artigo 142, em seu *caput*, estabelece que:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa **constituir o crédito tributário pelo lançamento**, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, **sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível**. (grifei)

O mesmo Código Tributário prevê, ainda, no artigo 149, a modalidade de lançamento por ofício.

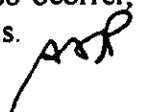
Não deve ser olvidado, também, o que dispõe o artigo 9º, *caput*, do 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93:

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada **serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento**, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (grifei)

No que concerne à “falta de liquidez” da autuação, trata-se de matéria de mérito, pois a recorrente aborda exatamente a legalidade do lançamento utilizando a alíquota de 2%.

De outra feita, deve ser frisado que, conforme consta da fl. 08, o auto de infração foi lavrado para prevenir a decadência, estando com a exigibilidade suspensa, tendo em vista a existência de ação judicial.

A recorrente aduz que a sentença já transitou em julgado, mas não traz elementos que comprovem a sua afirmação. De qualquer forma, se isso já tiver ocorrido ou quando isso ocorrer, a sentença lá proferida deverá ser cumprida à risca pelas autoridades fiscais.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

Portanto, no que diz respeito à matéria que lá está sendo ou foi discutida, ou seja, a alíquota da Contribuição para o Finsocial, este Colegiado não deve manifestar-se.

Com efeito, o artigo 38 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispõe que:

“Art. 38 – A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória de 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 em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”

Da aplicação de tal dispositivo ao caso em tela resulta a conclusão de que ocorreu a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa.

Corroborando, o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes estabeleceu, no artigo 16, § 2º, que o pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção, sem ressalva, do débito, por qualquer de suas modalidades, **ou a propositura pelo Contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.**

Além disso, o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96 também dispõe que em caso de propositura de ação judicial não se conhece de petição do contribuinte:

- a) 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 ;
- b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);
- c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149. do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CNT;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

Não teria sentido este Colegiado proferir decisão administrativa a respeito de matéria já sob a tutela do Poder Judiciário, que é soberano nas decisões sobre lides a ele submetidas.

Por isso, voto por não tomar conhecimento do recurso no que concerne ao lançamento da Contribuição para o Finsocial.

Quanto à multa, vale lembrar o disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430/96 - que tem aplicação ao caso por conta da retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II, "a", do CTN, *verbis*:

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição."

Ora, a própria autuante, à fl. 08, relatou que a exigibilidade do lançamento estaria suspensa por força da decisão que foi concedida nos autos do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

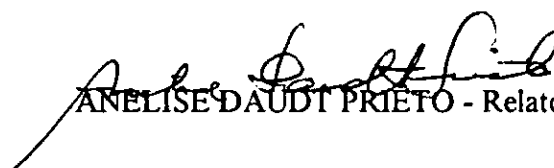
RECURSO Nº : 127.654
ACÓRDÃO Nº : 303-31.663

Processo nº 92.0007569-0 em curso na 2ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, “aplicando-se, inclusive, para fins de Certidão de Quitação de Tributos Federais o disposto no art. 206 do CTN, se outros débitos não houver”.

Como bem colocado em sessão pela Ilustre Conselheira Nanci Gama, “tendo em vista que a sentença julgando procedente a pretensão autoral foi registrada em 10/05/1993 e o auto de infração foi lavrado somente em 14/12/1993, não há razão para não se afastar a multa”.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, não conheço do recurso no que diz respeito à imputação da Contribuição para o Finsocial, e dou provimento no que concerne à multa de ofício.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2004


ANELISE DAUDI PRIETO - Relatora



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

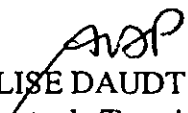
Processo nº: 10880.067843/93-08

Recurso nº: 127654

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 303-31663.

Brasília, 05/12/2004


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em