



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13706.002465/93-18
SESSÃO DE : 08 de julho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519
RECURSO Nº : 126.606
RECORRENTE : WARNER CHAPPEL EDIÇÕES MUSICAIS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE. A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio.

Recurso a que se deixa de tomar conhecimento.

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, em vista da concomitância dos processos judicial e administrativo, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 08 de julho de 2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NANCI GAMA, SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, DAVI EVANGELISTA (Suplente) e CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS (Suplente). Ausente o Conselheiro ZENALDO LOIBMAN. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.606
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519
RECORRENTE : WARNER CHAPPEL EDIÇÕES MUSICAIS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ
RELATOR(A) : NILTON LUIZ BARTOLI

RELATÓRIO

Conforme constou do Relatório da decisão de 1ª Instância, juntado às fls. 174/176, o qual adoto para ilustrar o presente julgamento, versam os autos:

“Trata o presente processo de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima identificado, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social- FINSOCIAL, abrangendo os períodos de apuração 05/1991 a 02/1992 (fls. 03 a 08), no valor de 24.973,59 UFIR, acrescido de multa de ofício de 50% (PA 05/91), 80% (PA 06/91) e 100% (PA 07/91 a 02/92), no valor total de 23.853,72 UFIR, e juros de mora, calculados até 14/10/1993, no valor de 23.853,72 UFIR, e juros de mora, calculados até 14/10/1993, no valor de 19.920,51 UFIR, totalizando um crédito tributário apurado de 68.747,82 UFIR, em decorrência de ação fiscal levada a efeito pela DRF- RJ- Centro Sul.

2. Na descrição dos fatos o AFRF atuante informa que os valores ora exigidos foram apurados em razão de diligência junto à empresa atuada, em obediência a determinação contida no processo nº10782.015622/91-09 (PAJ), tendo sido levantadas as contribuições em atraso no período entre 05/91 e 02/92, e efetuado o lançamento por descumprimento da sentença denegatória de segurança do Juízo da 30ª Vara/RJ, que determinou ao impetrante o recolhimento do tributo.

3. O enquadramento legal da presente autuação foi: artigo 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.

4. Após tomar ciência da autuação em 15/10/1993, a empresa atuada, inconformada, apresentou a impugnação anexada às fls. 18 a 50 em 16/11/1993, com as seguintes alegações:

4.1 Preliminarmente, entende que o auto de infração deve ser cancelado, uma vez que a empresa obteve junto à 28ª Vara Federal do Rio de Janeiro a suspensão do crédito tributário mediante liminar. Além disso, embora não tenha obtido êxito perante o Juízo da 30ª Vara Federal, onde tramita mandado de segurança no qual se questiona a constitucionalidade do FINSOCIAL, a impugnante interpôs recurso de apelação, recebido no duplo efeito, motivo pelo qual a sentença ainda não possuiria eficácia, sendo, portanto, o lançamento tributário também ineficaz;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.606
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519

4.2 No mérito, informa que recolheu o tributo até o período de apuração 04/91, quando resolveu suspender os recolhimentos em razão da patente inconstitucionalidade da legislação a ele aplicável;

4.3 Com a instituição da Contribuição Social sobre o Lucro, através da Lei nº 7.689/88, a existência da contribuição para o FINSOCIAL ficou inviabilizada, caracterizando-se sua inconstitucionalidade uma vez que, por força do art. 56 do ADCT, esta era mantida provisoriamente no sistema tributário, até que nova contribuição surgisse;

4.4 Há flagrante coincidência entre a base de cálculo do FINSOCIAL e a do PIS, configurando "bis in idem" inadmissível pela Constituição Federal de 1988, sendo que o 2º deve predominar sobre o 1º, uma vez que foi recepcionado pela referida Carta Magna, enquanto que o FINSOCIAL dependia de legislação a ser editada após a sua promulgação;

4.5. As modificações introduzidas na legislação do FINSOCIAL, a partir da Constituição de 1988, não poderiam ser veiculadas através de lei ordinária antes que o tributo fosse disciplinado por lei complementar, de acordo com o artigo 146 e incisos;

4.6. A Lei nº 7.689/88 não preencheu a lacuna legislativa, na medida em que seu art. 9º sequer indica o fato gerador, a base de cálculo e a alíquota do tributo, pretendendo atribuir caráter permanente ao mesmo, cuja existência a Constituição quis que fosse temporário, ficando evidente a violação à Lei Maior;

4.7 A Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade das majorações de alíquota, sendo que o teor da decisão indica a tendência de que o FINSOCIAL venha a ser considerado inconstitucional na sua totalidade;

4.8 Apesar de convicta de que tal decisão será prolatada, vem efetuando a compensação do tributo, com base na Lei nº 8.383/91, entendendo ser patente a inconstitucionalidade do FINSOCIAL, caracterizando-se, portanto, seu recolhimento como indevido, e, ainda, haver inegável identidade de natureza jurídica entre os tributos compensados (FINSOCIAL/COFINS e FINSOCIAL);

4.9 A IN/SRF nº 67/92, disciplinando a lei acima citada, restringiu as disposições nela contidas, em flagrante afronta a princípios constitucionais, como o da legalidade e o da hierarquia das normas;

4.10 O auto em questão é falho e muitas vezes omissivo na descrição da infração, razão pela qual solicita perícia, indicando perito para informar sobre os seguintes quesitos:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.606
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519

- o valor tributável apurado corresponde à incidência do FINSOCIAL à alíquota de 2%?

- os índices de correção monetária e os percentuais de acréscimos moratórios, aplicados no cálculo de apuração da matéria tributável, encontram-se de acordo com a lei?

- considerando que a impugnante obteve liminar garantindo-lhe o direito de compensação das parcelas de FINSOCIAL devidas a 0,5% com as parcelas do próprio FINSOCIAL julgadas inconstitucionais pelo STF, qual deveria ser o valor da matéria tributável, excluindo-se do cálculo da mesma as parcelas de FINSOCIAL que foram objeto de compensação por força do artigo 66 da Lei nº 8.383/91?

- trazer todos os esclarecimentos que lhes pareçam necessários ou úteis.

4.11 Assim, solicita seja declarada a nulidade da autuação.

5. Em 03/12/93 foi proferida decisão monocrática pela autoridade administrativa julgadora de 1ª Instância (fls. 65), considerando prejudicada a apreciação da impugnação em razão da opção do contribuinte pela via judicial. Além disso, entende que a apelação interposta pela autuada não tem efeito suspensivo, mas, apenas, devolutivo. Aduz, ainda, que a medida liminar concedida na 28ª. Vara Federal não pode limitar os efeitos da sentença de mérito anteriormente proferida.

6. Inconformada, a autuada apresentou recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme fls. 67 a 84, ratificando tal solicitação às fls. 90/91. Apreciando tal manifestação, o 2º Conselho de Contribuintes, através do Acórdão 201-74.434 (fls. 122 a 126), decidiu anular o presente processo a partir do despacho de fls. 65, inclusive.”

Ao apreciar a matéria, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ, decidiu pela procedência parcial do lançamento, em acertada e bem fundamentada decisão, juntada às fls. 176/182 do presente, e ementada como segue:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/05/1991 a 28/02/1992

Ementa: AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA PELO INTERESSADO. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE – Ação judicial

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.606
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519

proposta pelo interessado contra a Fazenda Nacional – antes ou após o lançamento do crédito tributário – com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem a apreciação do mérito.

INCONSTITUCIONALIDADE – Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA – A autoridade fazendária não somente pode como deve efetuar o lançamento, ainda que haja ação judicial, pois a decadência, salvo casos excepcionais, sempre corre contra a Fazenda Pública, sendo o crédito tributário exigível, ou não, em função da decisão judicial.

COMPENSAÇÃO – Não compete ao órgão julgador manifestar-se acerca da compensação, enquanto não instaurado o litígio relativamente ao reconhecimento do direito creditório pleiteado.

RETROATIVIDADE BENÉFICA. REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO – A lei nova aplica-se a ato ou fato não definitivamente julgados, quando lhes comine penalidade menos severa do que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Assim, reduz-se para 75% o percentual da multa de ofício aplicada sobre os valores de FINSOCIAL devidos.

JUROS DE MORA – TRD – Exclui-se a aplicação da TRD, no período entre 04/02/91 e 29/07/91, a título de juros de mora, em razão do disposto na IN/SRF nº 32/97.

PERÍCIA. LIMITES OBJETIVOS – Destina-se a perícia a formar a convicção do julgador, limitando-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser estendida à produção de nova prova ou à reabertura, por via indireta, da ação fiscal.

Lançamento Procedente em Parte.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.606
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519

Recorre tempestivamente o contribuinte, na parte em que a decisão monocrática lhe foi desfavorável, reiterando os fundamentos, argumentos e pedidos apresentados em sua peça impugnatória.

Garantia ao seguimento do Recurso Voluntário juntado às fls. 235.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até as fls. 251, última.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.606
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

O pedido de restituição/compensação formulado pelo recorrente tem fundamento na inconstitucionalidade das normas que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, declarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 150.764-PE ocorrido em 16.12.1992, tendo o acórdão sido publicado em 2.3.1993, e cuja decisão transitou em julgado em 4.5.1993.

Em que pesem os bem alinhavados argumentos deduzidos pela recorrente, o presente recurso não comporta provimento.

A precisa e muito bem fundamentada decisão recorrida (fls. 171/182), sobre ser irrepreensível e digna de méritos, esgotou a totalidade da matéria ventilada nestes autos.

De minha parte, em razão da prejudicial atinente à sobreposição das lides judicial e administrativa, entendo ser despicienda a análise dos demais pontos que envolvem a matéria, até por terem sido suficientemente abordados pela decisão *a quo*.

É certo que essa questão que vem atormentando os membros do Conselho de Contribuintes comprometidos em harmonizar as decisões administrativas em face das prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário, de modo a resguardar o sagrado direito de todos os cidadãos a obter a prestação de tutela jurisdicional seja no âmbito do Executivo, seja perante os Juizes, diz respeito à possibilidade ou não de simultâneo processamento nestas esferas.

De logo cumpre assentar a meridiana clareza do texto constitucional ao proclamar com solenidade a independência e harmonia entre os Poderes da República, bem assim a prerrogativa funcional do Judiciário para aplicar o direito em caso concreto, apreciando toda e qualquer ameaça ou lesão de direito, em caráter preponderante e definitivo, consagrando o princípio da ubiqüidade do Poder Judiciário, conforme o estilo de PONTES DE MIRANDA.

Destarte, não parece conformar-se ao direito constitucional pátrio admitir a coexistência de procedimento administrativo e processo judicial, examinando simultaneamente idênticas matérias objeto de lide entre idênticas partes.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.606
ACÓRDÃO Nº : 303-31.519

Iniciado o processo judicial nessas características, fecham-se as portas do procedimento administrativo; iniciado o processo administrativo e instaurado o processo judicial nas mesmas características, deve ser a imediata extinção do feito administrativo.

E isso, como demonstrado, porque em face da harmonia e independência entres os Poderes e a prevalência do Judiciário sobre os demais Poderes para dirimir conflitos concretos, haveria grave ofensa à Constituição da República se admitida a possibilidade do Poder Executivo promover procedimento de características processuais idênticas a processo judicial em curso.

A recusa ao conhecimento de matérias já em processamento perante o Judiciário vem sendo motivada em uma “renúncia da instância administrativa”, o que não me parece razoável. Renúncia, por ser disponibilidade de interesses, direitos ou bens, não se presume. Nem a lei poderia prever tal presunção de renúncia porque a Constituição assegura que ninguém será privado dos seus bens senão após o esgotamento do devido processo. A tese da “renúncia” tem nítida inspiração no direito administrativo francês, de origem notoriamente revolucionária, pleno de ranços contra o Judiciário.

Parece-me mais consentâneo com o direito pátrio, cuja matriz constitucional de longe optou pelo modelo norte-americano e seus princípios, ser caso de impossibilidade ou proibição dirigida sistematicamente ao Executivo, no sentido de vedar-lhe o proferimento de decisões no âmbito de procedimentos administrativos, quando já provocado o Judiciário

O obstáculo, como demonstrado acima, formaliza-se nas pétreas garantias de independência e harmonia entre os Poderes e a prevalência do Judiciário em face dos demais Poderes no que tange à solução das lides.

Em face da manifesta relação de prejudicialidade existente entre as matérias debatidas perante o Judiciário, e perante esta Câmara, bem assim pelas graves conseqüências decorrentes de eventual contradição entre as decisões proferidas em uma e outra instância, voto no sentido de não conhecer parte da matéria de mérito ventilada no recurso voluntário, para no que lhe resta, confirmar a decisão recorrida.

Sala das Sessões, em 08 de julho de 2004


NELTON LUIZ BARTLI - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 13706.002465/93-18

Recurso nº: 126606

TERMO DE INTIMAÇÃO

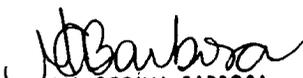
Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-31519.

Brasília, 14/09/2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em

13 de setembro de 2004.


MARIA CECÍLIA BARBOSA
Procuradora da Fazenda Nacional
OAB/MG 65792 - Mat. 1436782