



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	13805.002437/93-64
Recurso nº	133.259 De Ofício e Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº	301-34.118
Sessão de	18 de outubro de 2007
Recorrentes	BANCO BMC S/A. DRJ/SÃO PAULO/SP

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 31/01/1992

Ementa: FINSOCIAL. PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL

A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto deste, importa renúncia às instâncias administrativas.

MATÉRIA SOB LIDE NA VIA JUDICIAL. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA.

O lançamento para prevenir a decadência tem previsão no art. 63 da Lei nº 9.430/96, sendo cabível para o caso em que estiver suspensa a exigibilidade do crédito tributário em decorrência de uma das hipóteses previstas nos incisos IV e V do art. 151 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. TRIBUTO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. DESCABIMENTO.

É descabida a exigência de multa no caso de lançamento destinado a prevenir a decadência, relativo a tributo cuja exigibilidade estiver suspensa.

RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE DESPROVIDO.

RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

N.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e conhecer em parte do recurso voluntário e na parte conhecida, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. O conselheiro Luiz Roberto Domingo declarou-se impedido.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente


JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Davi Machado Evangelista (Suplente), Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente), João Luiz Fregonazzi e Rodrigo Cardozo Miranda. Ausente a Conselheira Susy Gomes Hoffmann. Estiveram presentes os procuradores da Fazenda Nacional Diana Bastos Azevedo de Almeida Rosa e José Carlos Brochini.

Relatório

A contribuinte acima identificada recorre da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo-I/SP, que julgou procedente em parte o lançamento em que foi formalizada a exigência da contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial à alíquota de 2%, no valor originário de 3.145.447,67 Unidades Fiscais de Referência (Ufir), acrescido de multa de ofício de 100% prevista no art. 4º, I, da Lei nº 8.218/91 e de juros de mora.

Trata-se de lançamento de crédito tributário com exigibilidade suspensa, visto que a autuada havia obtido medida cautelar na Ação Cautelar nº 91.0726261-2, impetrada na 16ª Vara de Justiça Federal em São Paulo, seguida da Ação Declaratória nº 92.0003968-5, objetivando abster-se do pagamento da contribuição para o Finsocial decorrente da aplicação das disposições do Decreto-lei nº 1.940/82, para o que efetuou depósitos judiciais nos autos da Ação Cautelar.

No que respeita à descrição dos fatos, transcrevo o relatório constante do Acórdão do órgão julgador, *verbis*:

“Em ação fiscal levada a efeito em face do contribuinte acima identificado foi apurada falta de recolhimento da contribuição ao Finsocial, relativa aos fatos geradores ocorridos em janeiro, fevereiro e março de 1992, razão pela qual foi lavrado o auto de infração de fls. 11 e 12, acompanhado dos termos, demonstrativos e documentos nele mencionados, com o seguinte enquadramento legal: art. 1º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei 1.940/82 e arts. 16, 80 e 83 do Regulamento do Finsocial, aprovado pelo Decreto 92.698/86 e art. 28 da Lei 7.738/89.

2. Conforme a descrição dos fatos constante do auto de infração (fls. 12), o crédito tributário tem sua exigibilidade suspensa em virtude de liminar obtida nos autos da Medida Cautelar 91.0726261-2.

3. O crédito tributário lançado, composto pela contribuição, pela multa proporcional e pelos juros de mora, calculados até 24/06/93, perfaz o total de 6.776.879,57 Ufir (seis milhões setecentos e setenta e seis mil oitocentas e setenta e nove unidades fiscais de referência e cinqüenta e sete centésimos).

4. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 01/07/93, o contribuinte protocolizou, em 16/08/93, a impugnação de fls. 18 a 25, acompanhada pelos documentos de fls. 26 a 61, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

4.1. A impugnação é tempestiva tendo em vista a prorrogação de prazo, por quinze dias, concedida após requerimento formulado pelo contribuinte.

4.2. A exigência de juros de mora e de multa de ofício é descabida em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente dos depósitos judiciais efetuados nos autos da Medida Cautelar 91.0726261-2. O contribuinte está sendo penalizada por haver recorrido ao Poder Judiciário, em afronta ao disposto no art. 5º, incisos XXXIV, “a”, e XXXV, da Constituição Federal. Os efeitos dos depósitos judiciais não podem ser equiparados aos efeitos do não recolhimento do tributo, já que a conversão em renda daquele extingue o crédito tributário, nos termos do art. 156, VI,

u.

do CTN. Ademais, não há fundamento legal para a imposição de multa e para a exigência de juros moratórios nas hipóteses em que há depósitos judiciais.

4.3. O Finsocial é inconstitucional por não ter lugar no rol de competências distribuídas para a instituição de contribuições sociais pelo art. 195, I, da Lei Maior. O Finsocial foi recepcionado no art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para vigorar até que fossem reguladas as outras fontes de financiamento da seguridade social. Com o advento da Lei 7.689/88 cessou a fase de transição e o Finsocial perdeu legitimidade no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a afirmação de que esta exação não tem natureza de contribuição social é corroborada pelo fato de que a legislação não previa o repasse ao INSS dos recursos arrecadados. A qualificação do Finsocial como imposto também conduz à conclusão de que o tributo é inconstitucional por violar os requisitos previstos no art. 154, inciso I, da Constituição Federal, notadamente a necessidade de lei complementar para sua instituição, a não cumulatividade com outros impostos e a exigência de base de cálculo e fato gerador diferentes dos impostos já discriminados na Lei Maior.

4.4. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, no julgamento do recurso extraordinário n.º 150.764-1/210-PE, a inconstitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial e há jurisprudência de outros tribunais reconhecendo a inconstitucionalidade da exação por completo.

4.5. Por fim, requer a impugnante que o auto de infração seja anulado, cancelando-se a exigência nele formulada. Requer, ademais, o sobrestamento do processo administrativo, até decisão final do processo judicial.

5. Mediante a Decisão DRJ/SP 004918/96-11.1408 (fls. 69 e 70), o presente processo administrativo foi encaminhado à autoridade preparadora para aguardar o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário nas ações judiciais promovidas pela impugnante no tocante à matéria objeto do lançamento.

6. Por meio do despacho de fls. 253 os autos retornaram a esta DRJ/SPO I, para julgamento da impugnação apresentada.”

A lide foi apreciada pela 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo-I/SP que, por unanimidade de votos, decidiu pela procedência parcial do lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/SPO-I n.º 5.488, de 15/6/2004 (fls. 259/265), cuja ementa dispõe, *verbis*:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 31/01/1992, 28/02/1992, 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL - CONCOMITÂNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - JUROS DE MORA - MULTA

Havendo concomitância entre processo administrativo e judicial deve a autoridade julgadora administrativa não conhecer da impugnação na matéria comum às duas instâncias. Falece competência à autoridade administrativa para apreciar alegações de inconstitucionalidade. Não há disposição legal que determine o afastamento das majorações de alíquota do Finsocial para as instituições financeiras. Havendo depósito integral do crédito tributário, o lançamento deve ser efetuado com suspensão da exigibilidade. Em caso de conversão em renda da União Federal dos depósitos, estes serão considerados pagamentos na data em que realizados, extinguindo o crédito tributário, de maneira que não há vício na indicação dos juros moratórios na autuação.

u

Em face dos depósitos judiciais existentes à data da autuação, é descabida a imposição de multa de ofício.

Lançamento Procedente em Parte”

O órgão julgador decidiu, com base no que dispõem os artigos 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79 e 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, e no Ato Declaratório Normativo Cosit nº 3/96, no sentido de não tomar conhecimento da impugnação onde a contribuinte discutiu a mesma matéria que foi levada à decisão do Poder Judiciário por meio da Ação Declaratória 92.0003968-5, na qual não houvera decisão definitiva até a data do julgamento administrativo. Também decidiu pela sua incompetência para apreciar questões pertinentes à inconstitucionalidade e/ou invalidade de normas inseridas no ordenamento jurídico nacional, por se achar reservada tal competência ao Poder Judiciário.

Quanto aos juros de mora, acrescentou a decisão que o depósito judicial é considerado um pagamento na data em que efetivado, devendo ser exigidos juros se o depósito foi efetuado após o prazo do vencimento do tributo. Assim, havendo conversão em renda da União de depósito efetuado dentro do prazo de vencimento do tributo, o crédito tributário está extinto, nos termos do art. 156, VI, do CTN. E que, como a determinação da conversão em renda compete exclusivamente ao juiz que preside o processo, não pode a autoridade administrativa supor que haverá conversão do depósito em renda da União, ainda que a sentença seja favorável à Fazenda Nacional, razão pela qual cabe a aplicação dos juros de mora nos casos de lançamentos destinados a prevenir a decadência, mesmo diante de depósitos judiciais.

No que respeita à multa de ofício lançada, decidiu-se pelo seu descabimento, diante da existência de depósitos judiciais do Finsocial à época da autuação, visto que nos termos do Parecer Cosit nº 2/99, o depósito judicial do montante integral do crédito tributário obsta a imposição da multa de ofício.

Houve interposição de recurso de ofício a este Conselho tendo em vista que a dispensa da multa de ofício implicou exclusão de crédito tributário em valor superior ao limite de alçada de R\$ 500.000,00.

A autuada apresentou recurso às fls. 345/350, defendendo que o Auto de Infração está gravado pelo vício de nulidade, visto que os débitos ali inscritos encontram-se extintos pelo seu pagamento mediante conversão dos depósitos judiciais em renda da União, em obediência à decisão judicial prolatada no âmbito da medida cautelar nº 91.0726626-2.

Acrescenta que em 12/11/98 foi expedido Alvará de Levantamento Judicial dos referidos depósitos judiciais, no que excederem à alíquota de 0,5% e que em face desse levantamento, os valores remanescentes, calculados e devidos à alíquota de 0,5%, foram naquela oportunidade convertidos em renda da União, restando o arquivamento da medida cautelar em 2/7/99, conforme Certidão de Objeto e Pé extraída nos autos dessa ação.

Ressalta que na data de julgamento de primeira instância administrativa, levada a efeito em 15/7/04, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento não havia sido comunicada quanto à extinção dos débitos formalizados no Auto de Infração, o que ocasionou a decisão administrativa sob os referidos débitos tributários que, a rigor, já estavam alcançados pelos efeitos imutáveis da coisa julgada material.

M.

Pelo exposto, requer seja decretada a total nulidade do Auto de Infração, bem como o arquivamento do processo administrativo dele decorrente.

É o relatório.

M.

Voto

Conselheiro José Luiz Novo Rossari, Relator

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Subsistência do Auto de Infração

Verifica-se que o Auto de Infração foi formalizado para constituir o crédito tributário pertinente a parcelas de Finsocial cujo pagamento não foi efetuado às épocas próprias em razão de a contribuinte ter ingressado na esfera judicial objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente à contribuição para o Finsocial, tendo para isso efetuado depósitos judiciais nos autos da Ação Cautelar.

Não vejo como subsistirem as razões da recorrente, que propugna pela nulidade do Auto de Infração em razão de os débitos tributários terem sido eventualmente extintos pelo seu pagamento, decorrente da conversão dos depósitos judiciais em renda da União. A propósito, não constam nos autos documentos que declarem essa conversão; e sim, tão-somente documentação que atesta o levantamento de depósitos.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a opção pela via judicial, mesmo com a existência de depósitos para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, I e V, do CTN, não impede a constituição do crédito tributário.

Trata-se de matéria já antes apreciada e aprovada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CR/JN nº 1.064/93, que entre suas conclusões dispunha, *verbis*:

“a) nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, ou em procedimento cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver sido, deve ser efetuado o lançamento, ex vi do art. 142 e respectivo parágrafo único, do Código Tributário Nacional; (...)”

Tal providência, que objetiva evitar a possibilidade da decadência do direito de a Fazenda Nacional exigir o que lhe é devido, veio a ser inserida no ordenamento tributário nacional, conforme se verifica no art. 63 da Lei nº 9.430/96, que prevê expressamente esse procedimento por parte do Fisco, quando a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa em virtude de ocorrência de uma das hipóteses previstas nos incisos IV e V do art. 151 do CTN.

Ademais, a nulidade argüida pela recorrente não encontra guarida na legislação processualística fiscal, visto que entre as situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 não está indicada a hipótese em exame, razão pela qual não assiste razão à recorrente nesta parte.

Por isso há que se considerar correto o procedimento fiscal que resultou na exigência do crédito tributário mediante lavratura de Auto de Infração, devendo ser negado provimento ao recurso nesta parte.

Identidade de lides nas esferas judicial e administrativa

No que respeita ao lançamento da contribuição ao Finsocial, objeto de Auto de Infração em que foi utilizada a alíquota de 2%, cumpre ressaltar que a matéria foi objeto de exame pelo Poder Judiciário nos autos da Ação Cautelar n.º 91.0726261-2, impetrada pela contribuinte na 16ª Vara de Justiça Federal em São Paulo, seguida da Ação Declaratória n.º 92.0003968-5, objetivando abster-se do pagamento da contribuição para o Finsocial decorrente da aplicação do Decreto-lei n.º 1.940/82, pelo que requereu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente a essa contribuição e efetuou depósitos judiciais nos autos da Ação Cautelar.

Verifica-se que matéria idêntica ao contencioso instaurado neste processo – visto que decorrente de Auto de Infração baseado nas próprias ações judiciais - já havia sido levada pela mesma interessada à apreciação do Poder Judiciário, ou seja, a exigência da contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial após a Constituição Federal de 1988 e os acréscimos de alíquotas que lhe foram instituídos.

Nos termos da legislação de regência, expressa no Ato Declaratório Normativo Cosit n.º 3/96, a opção pela ação judicial que tenha por objeto a mesma matéria contida na autuação, antes ou depois desta, implica renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

Tal ato administrativo decorre dos mandamentos previstos nos artigos 1º, § 2º, do Decreto-lei n.º 1.737/79, e 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80, que prevêm a renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e a desistência do recurso interposto, no caso de propositura de ação anulatória da dívida, declaratória da nulidade do crédito, de repetição de indébito ou mandado de segurança, tendo em vista que a lide fica circunscrita à decisão judicial e que qualquer decisão administrativa não poderia contrariar aquela adotada na esfera judicial.

A respeito dos fatos, verifica-se constar nos autos certidão emitida pela 16ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo, declarando que em 12/11/98 foi expedido alvará de levantamento dos depósitos (fl. 342), encontrando-se esse alvará e os cálculos correspondentes às fls. 447/448.

Os autos não trazem elementos que atestem o trânsito em julgado do processo principal (Ação Declaratória n.º 92.0003968-5), a exemplo do que já havia sido mencionado na decisão de primeira instância administrativa, conforme se verifica da ficha de movimentação de fls. 255.

Por igual, e como já acima mencionado, não constam no processo elementos que atestem conversão de depósitos em renda da União, como alegado pela recorrente.

Destarte, não cabe conhecer do recurso quanto à lide pertinente à alíquota do Finsocial, devendo a administração fazendária apenas aplicar a decisão judicial quando transitada em julgado e adotar as providências dela decorrentes, com verificação, na oportunidade, sobre se da eventual conversão dos depósitos em renda resultou na liquidação integral dos débitos.

Recurso de ofício – exclusão da multa de ofício

h.

Quanto ao recurso de ofício pertinente à exclusão da multa de ofício de que trata o art. 4º, I, da Lei nº 8.218/91, há que se ter por correta a decisão do órgão julgador de primeira instância.

E isso por ser claro o art. 63 da Lei nº 9.430/96 quanto ao descabimento dessa multa na constituição de crédito tributário para prevenir decadência e cuja exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN. Tal orientação deve ser cumprida inclusive na hipótese de depósito do montante integral dos débitos objeto de lide. A matéria foi, inclusive, objeto de manifestação da SRF através do Parecer Cosit nº 2/99, que explicita que não há que se falar em falta de pagamento ou pagamento extemporâneo, enquanto o crédito tributário não se tornar exigível.

Conclusões

Diante do exposto, voto por que:

a) seja conhecido em parte o recurso voluntário e, nessa parte, pertinente à arguição de nulidade do Auto de Infração, seja negado provimento; e se desconheça do recurso no que respeita à sujeição passiva da interessada em relação ao Finsocial, matéria que a interessada optou pela discussão na esfera judicial, devendo a unidade da SRB local aguardar o trânsito em julgado da ação principal, para a implementação das providências decorrentes da sentença final;

b) seja negado provimento ao recurso de ofício.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007


JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI - Relator