



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13805.005999/97-84
Recurso nº : 129.015
Acórdão nº : 301-32.057
Sessão de : 12 de agosto de 2005
Recorrente(s) : MOBIL OIL DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO
LTDA.
Recorrida : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ\

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. EFEITOS. A *propositura pelo Contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo, importa a desistência do recurso na esfera administrativa.*

NORMAS PROCESSUAIS. DECISÃO PROFERIDA EM 1ª INSTÂNCIA. NULIDADE. Não restando configurado nos autos que a decisão tenha sido proferida por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, não há que se falar em sua nulidade

FINSOCIAL. DECADÊNCIA. É de 10 anos o prazo decadencial para o lançamento da contribuição ao Finsocial devido nos meses de setembro a novembro de 1991.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE

RECURSO IMPROVIDO NA PARTE CONHECIDA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso por opção pela via judicial e por preclusão. Na parte conhecida, por unanimidade de votos rejeitar a preliminar de nulidade. No mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luiz Roberto Domingo, Susy Gomes Hoffmann e Carlos Henrique Klaser Filho.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Formalizado em: 30 JAN 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, José Luiz Novo Rossari e Valmar Fonsêca de Menezes.

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual transcrevo:

"Trata o presente processo de auto de infração de fls. 01 a 05, lavrado pela DRF/São Paulo em decorrência de falta de recolhimento da contribuição para o Fundo de Investimento Social - Finsocial, consubstanciando exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 212.654,95, referente aos fatos geradores ocorridos nos meses 09/1991 a 11/1991, além de multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 30/05/1997.

1. A autuante, no Termo de Constatação de fls. 35 a 37, relata que:

2.1 A interessada, através da Medida Cautelar nº 91.0700183-5, obteve liminar suspendendo a exigibilidade da contribuição para o Finsocial, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir do mês 09/1991, mediante os depósitos judiciais mensais, calculados fazendo incidir a alíquota de 2% sobre o faturamento;

2.2 A empresa efetuou os referidos depósitos conforme comprovantes de fls. 25 a 30 e extrato CEF de fls. 31;

2.3 Em 04/08/1992, foi autorizado pelo juízo o levantamento de parte do valor depositado, conforme Alvará de Levantamento Parcial de fls.32, valor este que corresponderia à parte depositada que excedeu a 0,5% do faturamento;

2.4 Foi constatado que, após o levantamento efetuado em favor da interessada, o saldo da conta na qual foram feitos os depósitos judiciais importava em 118.556,5992 Ufir, quando deveria constar a importância correspondente a 378.041,6225 Ufir, tendo sido, portanto, levantada importância a maior, correspondente a 259.485,0233 Ufir;

2.5 A importância que restou depositada só quita a contribuição para o Finsocial devida correspondente aos meses 09/1991, 10/1991 e parcialmente a referente ao mês 11/1991;

2.6 Sendo assim foi lavrado o presente auto de infração referente aos meses acobertados pelo depósito judicial e cujo lançamento foi efetuado com a finalidade de prevenir a decadência, estando

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

a sua exigibilidade suspensa por força de liminar obtida no processo Medida Cautelar nº 91.0700183-5;

- 2.7 Quanto à parte remanescente do mês 11/1991 e quanto aos demais meses também não acobertados pelo depósito, foi constituído crédito tributário exigível através de outro auto de infração.
3. Como consta na "Descrição dos fatos e enquadramento legal", às fls. 02, a exigência foi efetuada com fulcro: no art. 1º, parágrafo 1º do Decreto-lei nº 1.940/82; nos artigos 16, 80 e 83 do Regulamento do Finsocial, aprovado pelo Decreto nº 92.698/86; no art. 28 da Lei nº 7.738/89.
4. Cientificada em 30/06/1997 (fls.01), a interessada, inconformada, apresentou em 24/07/1997 a impugnação de fls. 40/53, na qual alega que:
- 4.1 .Não obstante a existência dos processos judiciais (medida cautelar e ação declaratória), faz-se necessária a apreciação desta impugnação, pois inexistente coincidência total entre o objeto das ações judiciais e o da autuação fiscal ora impugnada, sendo que eventual decisão favorável à impugnante não abrangerá o acessório que lhe foi imputado em virtude da autuação fiscal, qual seja, a multa;
- 4.2 .Operou-se a decadência do direito de lançar no tocante aos períodos objeto da autuação, visto que o Finsocial, possui natureza jurídica de tributo, operando sua decadência em cinco anos, aplicado o disposto no artigo 174 do CTN (sic);
- 4.3 .Não procede a aplicação da multa de ofício sobre crédito tributário constituído com exigibilidade suspensa e com a finalidade de prevenir a decadência;
- 4.4 .O auto de infração em questão é absolutamente improcedente, uma vez que decorre da aplicação equivocada de normas jurídicas em face de imunidade prevista expressamente no texto da Constituição Federal (art. 155, §3º). Sendo sua atividade a produção e comercialização de combustíveis e derivados de petróleo, não pode sofrer a incidência de qualquer outro imposto que não o ICMS, o Imposto de Importação e o de Exportação;
- 4.5 Requer, por fim, o cancelamento do presente auto de infração.

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

5. O processo foi encaminhado à DRJ/São Paulo para julgamento. Esta, por sua vez, o encaminhou à ARF/Vila Mariana, para que intimasse a impugnante a juntar Certidão de Objeto e Pé referente aos processos judiciais n.ºs. 91.0700183-5 (Medida Cautelar) e 91.0711800-7 (Ação Ordinária).
6. Em atendimento à intimação de fls. 92, a interessada apresentou as certidões solicitadas, as quais foram anexadas às fls. 96 e 97.
7. Encaminhado o processo à DRJ/São Paulo, esta solicitou que a interessada fosse novamente intimada para que juntasse novas Certidões de Objeto e Pé, além de cópias das respectivas sentenças e/ou acórdãos.
8. A referida intimação não chegou a ser efetuada em virtude de mudança do domicílio fiscal da empresa de São Paulo para o Rio de Janeiro. O processo foi encaminhado a DRJ/RJO II para julgamento.
9. Foram anexadas (fls. 104 a 110) as pesquisas efetuadas nos sites da Justiça Federal - Seção Judiciária de São Paulo e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região."

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ/RJOII, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de decadência suscitada, não conheceu da impugnação quanto à matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, e, no mérito, julgou procedente em parte o lançamento para cancelar a multa de ofício aplicada nos meses de 09 a 11/91, por meio do Acórdão nº 3.369, de 22 de setembro de 2003, cuja fundamentação base encontra-se consubstanciada nas ementas, *verbis*:

"Ementa: LANÇAMENTO. EXIGIBILIDADE SUSPENSA. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. A lavratura de auto de infração no caso de crédito tributário com exigibilidade suspensa por um dos motivos previstos no art. 151 do CTN, tem a finalidade de prevenir a decadência.
EXIGIBILIDADE SUSPENSA. DEPÓSITO JUDICIAL. INAPLICÁVEL A MULTA DE OFÍCIO. Inaplicável a multa de ofício no caso de constituição de crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa em virtude de depósito do seu montante integral.
FINSOCIAL. DECADÊNCIA. É de 10 anos o prazo decadencial para o lançamento da contribuição ao Finsocial.
AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS. A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria objeto da ação.

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

Lançamento Procedente em Parte.”

Cientificada do acórdão proferido, a contribuinte, por seu procurador (fl. 153), interpôs recurso voluntário a este Conselho, no qual, reiterando as razões de defesa apresentadas na impugnação quanto à decadência do direito de o Fisco lançar a contribuição para o FINSOCIAL e a improcedência do lançamento em razão da imunidade de suas operações em relação ao FINSOCIAL, alega, ainda, em apertada síntese:

Em preliminar, nulidade da decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa, em razão de falta de apreciação de todos os argumentos apresentados na impugnação, em especial, a questão da imunidade das operações por ela praticadas, ao equivocado argumento de que se trata de matéria “*sub judice*”. Argumenta que, até então, não obteve uma manifestação do Poder Judiciário sobre a questão e caso a matéria não seja apreciada na via administrativa ver-se-á na injusta situação daquele que tem negado a apreciação do pedido de reconhecimento da imunidade tributária, o que configuraria preterição do direito de defesa.

1. **No mérito**, ilegitimidade da utilização da taxa SELIC como índice aplicável no cálculo dos juros de mora.

Requer, ao final, que seja reconhecida a decadência do direito de o Fisco lançar a contribuição para o FINSOCIAL objeto da autuação e, ou, seja decretada a nulidade da decisão originária, por deficiente em sua fundamentação, ou, caso assim não entenda esta Câmara, que seja dado provimento ao recurso, afastando-se a exigência fiscal remanescente.

É o relatório.

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

VOTO

Conselheira Atalina Rodrigues Alves, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; dele tomo conhecimento na parte concernente às questões que não se encontram sob apreciação do Poder Judiciário, ou atingidas pela preclusão.

Preliminarmente, cumpre-nos apreciar a questão suscitada acerca da nulidade da decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa. Cumpre esclarecer que trataremos da questão relativa à decadência do direito de o Fisco lançar a contribuição para o FINSOCIAL - objeto da autuação, ao tratarmos do mérito.

TRATAMOS

Da nulidade da decisão recorrida.

Alega a recorrente que a decisão proferida em primeira instância estaria eivada de nulidade em razão de falta de apreciação de todos os argumentos apresentados na impugnação. Na realidade, a única matéria apontada pela autuada que não teria sido apreciada é a concernente à alegada imunidade das operações por ela praticadas que alcançaria a contribuição para o FINSOCIAL. Sustenta que, até então, não teria obtido uma manifestação do Poder Judiciário sobre a questão e, caso a matéria não seja apreciada na via administrativa, ser-lhe-ia injustamente negado a apreciação do pedido de reconhecimento da imunidade tributária, o que configuraria preterição do direito de defesa..

A alegação da contribuinte é totalmente infundada. A matéria foi devidamente apreciada em primeira instância, conforme disposto nos itens 27 a 33 da decisão, que transcrevemos, *verbis*:

“27.Foram levantadas, pela impugnante, duas questões que constituem o objeto principal da presente lide, quais sejam:

27.1.Que o auto de infração em questão é absolutamente improcedente, uma vez que decorre da aplicação equivocada de normas jurídicas em face de imunidade prevista expressamente no texto da Constituição Federal (art. 155, §3º). Sendo sua atividade a produção e comercialização de combustíveis e derivados de petróleo, não pode sofrer a incidência de qualquer outro imposto que não o ICMS, o Imposto de Importação e o de Exportação;

27.2 Que não procede a aplicação da multa de ofício sobre crédito tributário constituído com exigibilidade suspensa e com a finalidade de prevenir a decadência.

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

28. *Quanto à questão referente à imunidade, descrita no item 27.1, verifica-se tratar de matéria "sub judice", que está sendo discutida nos processos judiciais n.ºs. 91.0700183-5 (Medida Cautelar) e 91.0711800-7 (Ação Ordinária), conforme pode ser constatado pela leitura do item 32 (fls. 14) da petição inicial da citada Medida Cautelar, cuja cópia foi anexada às fls. 07 a 21. (destacou-se)*
29. A impugnante, no seu livre exercício de escolha, adotou a via judicial como opção para a apreciação da referida matéria. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 declara que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito " Porém, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o instituto da dualidade de jurisdição, não podendo haver, sob nenhuma hipótese, a sobreposição da decisão administrativa à sentença judicial. Somente ao Poder Judiciário é dada a capacidade de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada. Consagra-se, assim, o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário e o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo.
30. O exercício dessa faculdade produz, como efeito processual obrigatório, a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa. Destarte, em se discutindo o mesmo objeto concomitantemente em ambas esferas, o legislador reputou prudente a abstenção da autoridade administrativa em face da supremacia do Poder Judiciário. Por isso, a opção do contribuinte pela via judicial encerra o processo administrativo fiscal em definitivo, em qualquer fase, no que se refere à matéria que se encontra em litígio judicial. No entanto, existindo alguma diferença entre os objetos do processo judicial e administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.
31. Nesse sentido já se posicionou a Administração Tributária, ao publicar o Ato Declaratório (Normativo) - COSIT - nº 3, de 14/02/96 - DOU 15/02/96 - dispondo que:
- "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;

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

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.);

(...)"

32. Sendo assim, não conheço da impugnação na parte na qual é suscitada a imunidade das operações realizadas pela impugnante em relação à contribuição para o Finsocial, itens 22 a 34 da impugnação (fls. 47 a 52), por ter sido tal matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário.

33. Conforme informado pela própria autuante, às fls. 39, o presente lançamento tem por objetivo evitar a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o referido crédito tributário, estando a sua exigibilidade suspensa até decisão definitiva da lide judicial. Sobre o procedimento fiscal, é de se esclarecer que a formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício, consoante o artigo 142 do CTN, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuar-lo, ainda que esteja suspensa a exigibilidade do crédito tributário ao equivocado argumento de que se trata de matéria "sub judice".

Constata-se, portanto, que a decisão recorrida não foi omissa quanto à análise da questão, e, em conseqüência não há que se falar em preterição do direito de defesa e, tampouco, em nulidade da decisão, vez que não se configurou a hipótese prevista no art. 59, inciso II do CTN.

À vista do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da decisão recorrida, suscitada pela recorrente.

No mérito, cabe apreciar as seguintes questões levantadas pela recorrente:

1. Decadência do direito de o Fisco lançar a contribuição para o FINSOCIAL - objeto da autuação.

No tocante a esta questão, acolho a conclusão da decisão de primeira instância, por entender que, no caso, o crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração não havia sido atingido pela decadência.

Ressalte-se que o crédito lançado, com o fim específico de prevenir a decadência, é relativo ao FINSOCIAL devido nos meses 09/91, 10/91 e parte do mês 11/91, cuja exigibilidade estava suspensa, em razão de os valores devidos terem

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

sido depositados judicialmente, conforme pedido e deferido judicialmente na Medida Cautelar Preparatória de Depósito, proc. nº 91.0700183-5, de fls. 07/22.

Tendo em vista que, nos termos do disposto no art. 144, do CTN, "*o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente*", a regra para a contagem do prazo decadencial a ser aplicada, considerando o disposto no § 4º, do art. 150, do CTN, é a prevista no art. 45, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe, *verbis*:

"Art. 45. O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."

Assim, no caso em análise, o termo inicial para contagem do prazo de a Fazenda Nacional constituir seus créditos relativos ao FINSOCIAL devido nos meses de setembro a novembro de 1991 ocorreu em 01/01/1992 e o termo final ocorreria somente em 31/12/2001. Tendo sido a impugnante cientificada do lançamento em 30/06/1997, verifica-se que os créditos tributários lançados foram constituídos dentro do prazo legalmente previsto, não tendo, portanto, sido atingidos pela decadência.

2. Improcedência do lançamento, em razão de imunidade das operações da recorrente relativamente à contribuição para o FINSOCIAL.

Alega a recorrente que o Auto de Infração é absolutamente improcedente, uma vez que o lançamento da contribuição para o FINSOCIAL decorre da aplicação equivocada de normas jurídicas em face da imunidade prevista expressamente no texto da Constituição Federal (art. 155, §3º). Sustenta que sendo sua atividade a produção e comercialização de combustíveis e derivados de petróleo, não pode sofrer a incidência de qualquer outro imposto que não o ICMS, o Imposto de Importação e o de Exportação.

Ocorre que, conforme devidamente analisada na primeira instância, a contribuição para o FINSOCIAL, objeto do lançamento, encontra-se "*sub judice*", pois sua exigibilidade está sendo discutida nos processos judiciais nºs. 91.0700183-5 (Medida Cautelar) e 91.0711800-7 (Ação Ordinária), conforme pode ser constatado pela leitura do item 32 (fls. 14) da petição inicial da citada Medida Cautelar, cuja cópia foi anexada às fls. 07 a 21.

Frise-se, ainda, que a alegação da contribuinte de que inexistente coincidência total entre o objeto das ações judiciais e o da autuação fiscal, não

Processo nº : 13805.005999/97-84
Acórdão nº : 301-32.057

procede. Conforme Certidões de Objeto e Pé emitidas pelo TRF/3ª Região (fls. 96/97), tanto na Medida Cautelar, processo nº 91.0700183-5, quanto na Ação Ordinária, processo nº 91.0711800-7, objetiva a Autora *“a suspensão da exigibilidade do FINSOCIAL, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, mantido pelo art. 9º da lei nº 7.689/89 e alterado por legislação posterior”*.

Indispensável, pois, repisar aqui os fundamentos da decisão recorrida no tocante à questão, os quais não merecem reparos, razão pela qual os reitero, acolho e adoto, ressaltando, ainda, que nos termos do art. 16, § 2º, do RICC, *“a propositura pelo Contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso”*.

Assim, não conheço do recurso quanto ao lançamento da contribuição para o FINSOCIAL, cuja exigibilidade foi submetida à apreciação do Poder Judiciário.

3. Ilegitimidade da utilização da taxa SELIC como índice aplicável no cálculo dos juros de mora.

Alega a recorrente que há de se reconhecer a ilegitimidade da taxa SELIC como índice aplicável no cálculo dos juros de mora a partir de janeiro de 1997, por contrariar o disposto no art. 161 do CTN e, entre outras razões, por ser inconstitucional e ilegal, conforme entendimento exarado pelo E. STJ no julgamento do R.Esp.º 215.881-PR, cuja ementa transcreve.

A questão trazida à discussão na fase recursal não foi suscitada na primeira instância. Trata-se, portanto, de matéria preclusa, da qual não cabe conhecer nesta instância.

Ademais, cabe ressaltar, apenas a título de esclarecimento, que a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora decorre de exigência legalmente prevista (art. 26, da MP 1.542/96) e que falece competência à autoridade julgadora administrativa para apreciar arguição de inconstitucionalidade de normas legais, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, por força do disposto no art. 102, I, “a”, e III, “b”, da Constituição Federal.

Assim, não conheço da matéria, posto que preclusa.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso em parte, em razão de opção pela via judicial no que se refere à questão relativa à imunidade e em razão de preclusão, no tocante à aplicação da taxa SELIC; na parte conhecida, rejeito a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, nego provimento ao recurso para afastar a arguição de decadência.

Sala das Sessões, em 12 agosto de 2005


ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora