



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13805.012163/95-29
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-002.599 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de novembro de 2013
Matéria AI-FINSOCIAL
Recorrente COTONIFÍCIO GUILHERME GIORGI SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 31/08/1991 a 31/03/1992

Ementa:

FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO ADMINISTRATIVA. SÚMULA CARF N.2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

FINSOCIAL. DECISÃO JUDICIAL MATÉRIA IDÊNTICA À DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA CARF N.1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Ausentes os Conselheiros Domingos de Sá Filho e Marcos Tranchesini Ortiz.

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente.

ROSALDO TREVISAN - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Marcos Tranchesi Ortiz (vice-presidente), Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan e Ivan Allegretti.

Relatório

Versa o presente sobre Auto de Infração lavrado em 21/12/1995 (fls. 66 a 68)¹, com ciência em 27/12/1995, para exigência de FINSOCIAL, com a ressalva de que “os créditos tributários lançados estão suspensos quanto a sua cobrança, em virtude de se encontrarem *sub judice*”. Foi apurada falta de recolhimento, em relação aos fatos geradores relacionados à fl. 67, de acordo com o detalhado em Termo de Constatação de Irregularidades (fl. 46). No referido Termo, esclarece-se que a empresa: (a) no período de 08/1991 a 03/1992, excluiu da base de cálculo do FINSOCIAL a parcela correspondente ao ICMS, por força de medida liminar em Mandado de Segurança; e (b) no período de 01/1992 a 03/1992, deixou de recolher os valores da contribuição. Apesar de se indicar a suspensão da exigibilidade, tanto na folha inicial do Auto de Infração (fl. 66), quanto no Termo (fl. 46), o autuante lança multa de ofício para todos os valores, no percentual de 100%, com base no art. 4º da Lei nº 8.218/1991.

A empresa apresenta impugnação em 24/01/1996 (fls. 70 a 77), argumentando que a contribuição para o FINSOCIAL é manifestamente inconstitucional, sequer questionando especificamente as rubricas lançadas.

Para que o processo fosse bem instruído, a DRJ solicitou que o contribuinte fosse intimado a apresentar Certidão de Objeto e Pé dos Processos Judiciais nº 91.0701327-2 (Ação Ordinária) e nº 91.070604-7 (Mandado de Segurança), bem como cópias das respectivas sentenças e/ou acórdãos (fl. 90). Em resposta, a empresa apresenta Certidão de Objeto e Pé da Ação Ordinária nº 91.0701327-2 (fls. 95) e do Mandado de Segurança nº 91.070604-7 (fls. 97), e cópias da sentença de primeira instância da Ação Ordinária (fls. 99 a 102), denegatória do pleito da empresa, e do acórdão correspondente no TRF3 (fl. 103), igualmente denegatório.

Em 25/07/2003, ocorre o julgamento de primeira instância (fls. 113 a 117), no qual se decide pela parcial procedência da manifestação de inconformidade, acordando-se que: (a) em relação à exclusão do ICMS, verifica-se que, além de não ter sido especificamente impugnada a matéria, as ações judiciais propostas foram julgadas improcedentes; (b) no que se refere à falta de recolhimento, para a qual se alega a inconstitucionalidade da exação, carecem as DRJ de competência para afastar norma vigente por inconstitucionalidade, matéria reservada ao Poder Judiciário; e (c) a despeito de uma das infrações tratar de matéria discutida judicialmente, não há provas de que a exigibilidade do crédito tributário estivesse suspensa à época do lançamento, nem evidência de depósitos judiciais ou liminar em Mandado de Segurança ou em Medida Cautelar, pelo que se mantém a multa lançada, mas em patamar reduzido de 100% para 75%, em virtude do advento do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, e do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 01, de 10/01/1997.

Cientificada da decisão de piso em 15/04/2004 (AR à fl. 124), a empresa apresenta recurso voluntário em 10/05/2004 (fls. 129 a 135), no qual sustenta preliminarmente o cabimento do recurso sem depósito prévio, demandando que o recurso seja recebido com efeito suspensivo (nos termos do art. 151, III do CTN). No mérito, passa a afirmar que a

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos) conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Administração deve abster-se de praticar atos inconstitucionais, e que “a alíquota superior a 0,5% (meio por cento) não é exigível do contribuinte, visto a Resolução do Senado nº 49, de 1995, que suspendeu a eficácia dos Decretos-Lei nº 2.455/88 e 2449/88” (sic) (destaques no original), e que “com a publicação da Resolução Senatorial, a lei perde eficácia, com efeito erga omnes”, seguindo-se argumentação em relação à inconstitucionalidade de majoração de alíquotas. Em relação à exclusão do ICMS, sustenta, também inauguralmente, que se trata de bitributação, vedada no sistema tributário, e ainda que no período em que recorrente excluiu o ICMS da base de cálculo (08/1991 a 03/1992), havia medida judicial em vigor suspendendo a exigibilidade do tributo, conforme disposto no próprio auto de infração (proc. nº 91.0700604-7). Acrescenta, por fim, que “a única providência passível de ser tomada pela autoridade, após a revogação da medida liminar, é a cobrança do débito, mas jamais a autuação do contribuinte, como ocorreu no presente caso”.

O seguimento do recurso voluntário é negado por falta de arrolamento de bens/direitos, sendo os débitos inscritos em Dívida Ativa. Com a declaração de inconstitucionalidade da exigência de depósito recursal, cancela-se a inscrição em Dívida Ativa, e, na sequência, a decisão que negou seguimento ao recurso voluntário, conforme se explica à fl. 203.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Os argumentos em sede de recurso voluntários são basicamente inovadores.

Preliminarmente, solicita-se dispensa do depósito recursal (o que acabou ocorrendo, como relatado) e efeito suspensivo ao recurso (o que é assegurado pelo art. 151, III do CTN).

No mérito, argumentava em sua manifestação de inconformidade tão-somente a inconstitucionalidade do FINSOCIAL. A ponto de, no julgamento de primeira instância, o julgador esclarecer que o STF (no RE nº 150.764-1) havia de fato declarado inconstitucionalidade, mas apenas da majoração de alíquota nos percentuais excedentes a 0,5%, para as empresas comerciais e mistas (Lei nº 7.689/1998, art. 9º), mas preservando a cobrança de FINSOCIAL nos termos do Decreto-Lei nº 1.940/1982, com as alterações ocorridas até a Constituição de 1988. E é de se destacar que a autuação foi efetuada com base exatamente no Decreto-Lei nº 1.940/1982 (e utilizando a alíquota de 0,5%), citando ainda o art. 28 da Lei nº 7.738/1988, que trata de empresas prestadoras de serviço.

E a menção feita pelo julgador *a quo* parece ter levado o contribuinte a equívoco, quando este alega, em seu recurso voluntário, que “a alíquota superior a 0,5% (meio por cento) não é exigível do contribuinte, visto a Resolução do Senado nº 49, de 1995, que suspendeu a eficácia dos Decretos-Lei nº 2.455/88 e 2449/88”, e que “com a publicação da

Resolução Senatorial, a lei perde eficácia, com efeito *erga omnes*”, seguindo-se argumentação em relação à inconstitucionalidade de majoração de alíquotas. As alegações estão em absoluto descompasso com a autuação, na qual a alíquota aplicada é de 0,5%.

E a alegação de inconstitucionalidade do tributo denominado FINSOCIAL encontra óbice neste tribunal administrativo, em face da Súmula CARF nº 2 (“*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”), assim como a aventada ideia de que há tributação na relação entre FINSOCIAL e ICMS.

No que se refere à exclusão do ICMS, matéria sequer questionada na impugnação, a DRJ informa que “*além de a impugnante não ter feito qualquer menção específica quanto à citada infração, o pronunciamento do Poder Judiciário na ação proposta pela própria autuada põe fim a qualquer discussão sobre a matéria*”.

São procedentes ambas as observações do julgador de piso.

Ademais, a matéria estava sob a alçada do Poder Judiciário, não cabendo a discussão do mesmo tema administrativamente. É nesse sentido a Súmula nº 1 deste CARF:

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

E, de fato, não consta nos autos qualquer medida que suspendesse a exigibilidade do crédito tributário ao tempo da autuação. A ação ordinária que objetivava a exclusão do ICMS foi denegada em primeira e segunda instâncias. E veja-se que a decisão denegatória, em primeira instância, na Ação Ordinária nº 91.0701327-2 (que objetivava exclusão do ICMS da base de cálculo do FINSOCIAL) ocorreu em 03/03/1995, portanto, antes da autuação (efetuada e cientificada em dezembro de 1995).

Percebe-se ainda que a empresa foi intimada a apresentar depósitos judiciais em 21/06/1995 (fl. 41), bem assim cópia da Liminar no Mandado de Segurança, em 18/12/1995 (fl. 44), não constando qualquer destes documentos no processo.

Nem na argumentação em sede de recurso voluntário carrega a empresa aos autos a liminar que alega ter obtido no mandado de segurança. E ainda que obtida a liminar, o fato de já não estar vigente no momento da autuação já autorizaria a aplicação da multa de ofício - única matéria que resta a ser analisada por este CARF -, como de fato foi aplicada (e posteriormente reduzida pela DRJ, em nome da retroatividade benigna do art. 44 da Lei nº 9.430/1996).

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário apresentado, mantendo a decisão de primeira instância.

Rosaldo Trevisan

Processo nº 13805.012163/95-29
Acórdão n.º **3403-002.599**

S3-C4T3
Fl. 212

CÓPIA