



36

Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

Recorrente: JARDIM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ em Brasília - DF

NORMAS PROCESSUAIS - RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - MEDIDA JUDICIAL - A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da matéria tributária em litígio.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **JARDIM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por renúncia à via administrativa.**

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002

[Assinatura de Henrique Pinheiro Torres]
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

[Assinatura de Adolfo Montelo]
Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/cf/ja



Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

37

Recorrente: JARDIM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria, adoto o relatório da autoridade singular, que transcrevo:

"DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

A empresa acima identificada protocolou, junto à Delegacia da Receita Federal em Goiânia-GO, pedido de compensação de créditos decorrentes de pagamento da Contribuição para o Finsocial com base em alíquota superior a 0,5%, relativa ao período de junho/89 a dezembro/91, com débitos da COFINS.

DO DESPACHO DENEGATÓRIO

O pedido foi indeferido pelo titular da Delegacia da Receita Federal em Goiânia-GO, conforme Despacho Decisório/DRF/GO CAD/SASAR nº 058, de 18/05/1.998, de fls. 187/188, sob o fundamento de que a requerente, por ser empresa exclusivamente prestadora de serviços, não estaria albergada pela decisão do STF, que declarou a inconstitucionalidade das majorações de alíquotas da Contribuição para o Finsocial apenas para as empresas comerciais e mistas. Em assim sendo, não teria havido recolhimento de qualquer importância a maior a título da Contribuição e, conseqüentemente, não existiria o alegado crédito.

Outrossim, não estaria a requerente contemplada pela dispensa da constituição do crédito tributário relativamente à exação na alíquota superior a 0,5% (art. 18, inciso III, da Medida Provisória nº 1.621-35, de 12/05/1.998), obrigando-se ao recolhimento da Contribuição para o Finsocial com alíquota majorada.

A autoridade prolatora do despacho, considera, ainda, dentre suas razões de decidir, que '...a empresa não possui decisão judicial em seu favor que determine a compensação pleiteada'.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

A requerente, às fls. 192/194, apresenta manifestação de inconformidade contra o despacho denegatório do seu pleito, produzindo os argumentos que se seguem.

A



Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

Aduz que o STF, ao julgar o RE nº 150.764-1-PE, declarou a inconstitucionalidade das alterações na sistemática da Contribuição para o Finsocial, introduzidas pelas Leis nºs 7.689/88 (art. 9º), 7.787/89 (art. 7º), 7.894/89 (art. 1º) e 8.147/90 (art. 1º).

Sustenta a defendente que, com a declaração de inconstitucionalidade dos vários diplomas legais que majoraram a alíquota da exação, os valores recolhidos a título da Contribuição para o Finsocial com base em alíquota superior a 0,5% são indevidos e constituem créditos seus.

Assevera que a decisão do STF que declarou a constitucionalidade das majorações da alíquota da Contribuição para as empresas prestadoras de serviços, como é seu caso, feriu princípio basilar do Direito e da Democracia previsto na Constituição Federal, qual seja o princípio da isonomia.

Lembra que a indigitada decisão não tem efeito 'erga omnes', vinculando somente as partes do processo, pois foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Alega que o STJ vem decidindo de forma contrária ao posicionamento do STF, vale dizer, tem julgado também inconstitucional as majorações de alíquotas da Contribuição para o Finsocial para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços. Anexa cópias de decisões às fls. 195/244.

Afirma que '... teve deferida a seu favor, tutela antecipada, na data de 30/03/98, na ação ordinária nº 96.13306-9, que move em desfavor da União Federal, reconhecendo os créditos alusivos ao recolhimento a maior de Finsocial, bem como autorizando-a a efetuar a compensação aqui discutida.' Junta cópia da decisão às fls. 245/249.

Pede, ao final, seja revisto e reformado o Despacho Decisório/DRF/GO/CAD/SASAR nº 058/98, de fls. 187/188, para se reconhecer o seu direito aos créditos correspondentes aos valores recolhidos a título da Contribuição para o Finsocial, com base em alíquota maior que 0,5%, e se consolidar o seu direito à compensação desses créditos com débitos da COFINS.

DA TUTELA ANTECIPADA

Em uma primeira análise dos autos por esta DRJ, constatou-se que, de fato, a inconformada obteve provimento jurisdicional (documento de fls. 245/249), consistente em concessão de tutela antecipada, que lhe reconhece e declara o direito a '... compensar os valores comprovadamente recolhidos a título de FINSOCIAL, com alíquota acima de 0,5% (meio por



39

Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

cento), com débitos da COFINS, tudo devidamente atualizado e acrescidos dos juros legais.'

O magistrado prolator da decisão ressalva, em favor da União, tão-somente a prerrogativa de '... conferir os valores à medida em que efetivada a compensação, ora autorizada, lavrando-se auto de infração quando tal procedimento se justifique em face de divergências que escapam do contexto da tutela ora antecipada.'

Determinou-se, então, que os autos fossem baixados à Delegacia da Receita Federal, em Goiânia-GO, para a adoção das providências cabíveis (documento de fls. 251/252).

Baixados os autos, a DRF-Goiânia, às fls. 254, informou que, por meio do Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.025733-1, a tutela antecipada obtida pela inconformada nos autos do Processo nº 96.13306-9 não mais subsiste, ou melhor, teve os seus efeitos suspensos (documentos de fls. 254/263).

DO RECURSO ESPECIAL

A inconformada solicita a esta DRJ, nesta oportunidade, a juntada aos autos dos documentos de fls. 264/285, que dizem respeito à decisão proferida pelo STJ, no Resp nº 135.269, por ela interposto em litisconsórcio com a empresa 'Imobiliary Construtora e Incorporadora Ltda.'. As razões produzidas quando da interposição do Recurso encontram-se às fls. 171/183.'

Os autos retornam a esta DRJ para prosseguimento do feito."

Através da Decisão DRJ/BSB/DIRCO/Nº 852/99, de 06 de julho de 1999, o julgador de primeiro grau, com a Fundamentação de fls. 291/300, resolveu julgar improcedente a manifestação de inconformidade, em síntese, dizendo que o STF declarou a inconstitucionalidade das majorações de alíquota da Contribuição para o FINSOCIAL, tendo em vista a atividade das empresas mistas e que vendem exclusivamente mercadorias. Com relação às empresas exclusivamente prestadoras de serviços, como é o caso da inconformada, o Excelso Pretório se pronunciou para declará-las constitucionais. Transcreveu a ementa do acórdão exarado pela Suprema Corte no julgamento do RE nº 219.591/SP, publicado no DJ de 20/03/98.

A ementa da decisão monocrática (DRJ) tem o seguinte teor:

**"COMPENSAÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL X COFINS
EMPRESAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇOS //**

[Assinatura]



Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

40

-O recolhimento da Contribuição para o Finsocial calculada com base em alíquota superior a 0,5% efetuado pelas empresas exclusivamente prestadoras de serviços não se caracteriza como indevido; portanto incabível a compensação em face da inexistência do crédito pleiteado.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE IMPROCEDENTE."

Inconformada com a decisão de primeiro grau, a contribuinte apresentou, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fls. 305/311, onde, em síntese, além de repetir argumentos apresentados por ocasião da sua manifestação de inconformidade, faz o retrospecto da legislação do FINSOCIAL; noticia os julgamentos do STF sobre o assunto dizendo que ocorreu um imbróglio de julgados, citando os RE nº 150.755-1-PE, 150764-1-PE e 187.436-8-RS, sendo que os primeiro e terceiro julgamentos foram pela constitucionalidade da nova base de cálculo e alíquota para as prestadoras de serviço, enquanto que o segundo foi pela inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689 e das majorações da alíquota.

Alega, ainda: a) o princípio da igualdade de todos perante a lei, que teve acolhida no art. 150, II, da CF/88; e b) relata sobre os processos judiciais propostos contra a União Federal, dizendo dos propósitos e seus resultados.

Termina dizendo que é pertinente a compensação, a uma, porque amparada por decisão judicial que lhe garante o direito de compensar os valores indevidos vertidos ao FINSOCIAL, e, a duas, porque não pode ser submetido a discriminação sem amparo constitucional, por isso, merece reforma a decisão recorrida.

É o relatório.



Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

41

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ADOLFO MONTELO

Conforme relatado, o presente processo trata de pedido de compensação da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, que a ora recorrente alega ter direito, no que exceder a 0,5%, com relação aos recolhimentos dos períodos de apuração ocorridos entre junho de 1989 e dezembro de 1991, como se depreende do Pedido de fl. 01 e Demonstrativo de fl. 167.

A recorrente, na Justiça Federal do Estado de Goiás, obteve a Antecipação de Tutela na Ação Ordinária, Processo nº 96.13306-9, que lhe concedeu o direito de compensar, nos valores comprovadamente recolhidos a título de FINSOCIAL, com alíquotas acima de 0,5% (meio por cento), com débitos da COFINS, tudo devidamente atualizado e acrescido de juros legais, com a ressalva de a Fazenda Nacional conferir os valores à medida em que efetivada a compensação (fls. 248/249).

Entretanto, por meio do Agravo de Instrumento sob o nº 1998.01.00.025733-1 – GOIÁS, proposto pela Fazenda Nacional, foi suspensa a antecipação de Tutela deferida na Ação Ordinária acima noticiada (fls. 141/142).

Antes de adentrar o mérito, é de se reconhecer que a recorrente foi buscar guarida no Judiciário quando impetrou a Ação Ordinária, ainda não julgada em definitivo.

Assim, a propositura de ação judicial importa em desistência do processo administrativo, como prevê o disposto no § 2º, art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.737/79, c/c o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, segundo a interpretação sistemática desses dispositivos legais pela Administração Tributária expressa no ADN COSIT nº 01/97.

Este assunto da renúncia administrativa, mesmo que a medida judicial tenha sido intentada antes ou depois do pedido na esfera administrativa, já foi tratado na Declaração de Voto do ilustre Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, referente ao Acórdão nº 202-09.261, que transcrevo a maior parte de suas assertivas:

“Não há dúvida que o ordenamento jurídico pátrio filiou o Brasil à jurisdição una, como se depreende do mandamento previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, assim redigido: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito'. Em decorrência, as matérias podem ser argüidas perante o Poder Judiciário a qualquer momento, independentemente da mesma matéria sub judice ser posta ou não à apreciação dos órgãos julgadores administrativos.

De fato, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e

6



Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

42

autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em Juízo.

Corroborando tal afirmativa, ensina-nos Seabra Fagundes, em sua obra 'O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário':

'54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem o controle jurisdicional das atividades administrativas.

.....

55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional.... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O Judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos conseqüentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa que é o da execução da sentença pela força. O Contencioso Administrativo, na verdade, tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nessa situação, a Fazenda possui, ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando basicamente evitar o posterior ingresso em Juízo.

Analizando o campo de atuação das Cortes Administrativas, Themistocles Brandão Cavalcanti, muito bem aborda a questão, a saber: 'Em nosso regime jurídico administrativo existe uma categoria de órgãos de julgamento, de composição coletiva, cuja competência maior é o julgamento dos recursos hierárquicos nas instâncias administrativas.

A peculiaridade de sua constituição está na participação de pessoas estranhas aos quadros administrativos na sua composição sem que isto permita considerar-se como de natureza judicial. É que os elementos que integram estes órgãos coletivos são mais ou menos interessados nas controvérsias - contribuinte e funcionários fiscais.

Incluem-se, portanto, tais tribunais entre os órgãos da administração, e as suas decisões são administrativas sob o ponto de vista formal. Não constituem

[Assinatura] 7



Processo nº: 10120.000458/98-42
Recurso nº: 112.158
Acórdão nº: 202-13.854

portanto, um sistema jurisdicional, mas são partes integrantes da administração julgando os seus próprios atos com a colaboração de particulares.'

Pacífica também é a jurisprudência nessa matéria na Oitava Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, no Acórdão n.º 108-02.943, assim ementado:

'PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento 'ex-officio', enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera.'

Nos autos não existem, ainda, informações sobre o trânsito em julgado da ação judicial.

Mediante todo o exposto, face à jurisprudência predominante nos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda e de nossos Tribunais Superiores (STJ e STF), que vem corroborar com o entendimento defendido de que, na hipótese dos autos, houve renúncia à via administrativa, voto no sentido de não tomar conhecimento do recurso.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002

ADOLFO MONTELO