



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Recurso nº : 132.092
Acórdão nº : 302-37.291
Sessão de : 26 de janeiro de 2006
Recorrente : C. M. DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida : DRJ/FORTALEZA/CE

FINSOCIAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. IMPETRAÇÃO DE AÇÃO JUDICIAL (MANDADO DE SEGURANÇA) COM O MESMO OBJETO DO PEDIDO ADMINISTRATIVO.

A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, com objeto idêntico ao discutido no processo administrativo, importa renúncia às instâncias administrativas e a desistência do recurso interposto.
RECURSO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM
Relatora

Formalizado em: 15 MAR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Luis Antonio Flora, Corinθο Oliveira Machado, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Paulo Roberto Cucco Antunes e Davi Machado Evangelista (Suplente). Ausente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Acórdão nº : 302-37.291

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE.

Por bem descrever os fatos, adoto integralmente o relatório componente da decisão recorrida, constante de fls. 159/160, que transcrevo, a seguir:

"Trata o presente processo de pedido de restituição da contribuição para o Fundo de Investimento Social - Finsocial, no valor de R\$ 29.810,71 (fl. 01), referente ao período de apuração de abril de 1991 a março de 1992, tendo por base a sentença judicial prolatada no processo nº 2001.81.00.003895-7, da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará.

O Chefe do Serviço de Análise e Orientação Tributária - Seort da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza (CE), consubstanciado na Informação Fiscal (fls. 134/135), proferiu o Despacho (fl. 136), decidindo não conhecer do pedido de restituição, em face da renúncia administrativa pela interposição de ação judicial com idêntico objeto, e considerando que a decisão judicial não transitou em julgado.

Inconformado com o indeferimento de seu pleito, do qual tomou ciência por meio de Aviso de recebimento – AR, em 12/03/2003 (fl. 147), apresentou o contribuinte, por intermédio de seu procurador (instrumento procuratório de fl. 117), manifestação de inconformidade (fls. 138/142) contra o Despacho Decisório, na qual fundamenta sua defesa com os argumentos a seguir descritos:

- o requerente é pessoa jurídica que tem por objeto social a exploração do comércio varejista de combustíveis de petróleo e álcool e como tal, recolhia aos cofres públicos a contribuição ao Finsocial;

- as Leis nºs 7.787/89, 7.894/89, 8.147/90, que tratavam da aludida contribuição, foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal – STF, tornado-se, portanto, indevidas as contribuições recolhidas;

- em face da inconstitucionalidade, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do estado do Ceará, da qual o requerente é filiado, ingressou com Mandado de Segurança Coletivo objetivando a compensação dos créditos provenientes do pagamento indevido do Finsocial com os valores vincendos a título de Cofins, incidentes nas operações com derivados de petróleo, fato que foi confirmado em sentença proferida no processo nº 2001.81.00.003895-7, em trâmite na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará;

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Acórdão nº : 302-37.291

- por força da Medida Provisória nº 2.037/00 e suas reedições, foi instituída alíquota zero de Cofins incidente sobre a venda de combustíveis, tornando, assim, inócua a sentença proferida no Mandado de Segurança, por não ser mais o requerente contribuinte da Cofins;

- o requerente ingressou administrativamente com o pedido de restituição do Finsocial, tendo a Fazenda Pública se manifestado em não conhecer do pedido, nos termos do art. 17 da IN SRF nº 21/97, com a redação dada pela IN SRF nº 73/97;

- no julgamento do RE nº 150.674-1/PE, o STF declarou inconstitucionais as leis que majoraram a alíquota do Finsocial. Assim, nasceu para o contribuinte um crédito tributário oponível à Fazenda Pública;

- nos casos de exações fiscais já declaradas inconstitucionais pelo STF, a exigência do trânsito em julgado da ação judicial, que tem por objeto a recuperação do tributo recolhido indevidamente, visa, única e exclusivamente, postergar que o contribuinte tenha seu crédito satisfeito, já que a certeza e a exigibilidade se apresentam desde o momento em que aquele pagamento foi considerado indevido em razão da inconstitucionalidade da lei instituidora;

- assim, é prescindível qualquer decisão individual, sobretudo com restrição temporal, ou seja, com exigência do trânsito em julgado, nos casos em que há decisão proferida pelo STF reconhecendo a inconstitucionalidade de determinada lei com base na qual foram efetuados recolhimentos indevidos. O direito à restituição é inquestionável, o que se poderia discutir em ações individuais seria somente a quantia a ser restituída, quais índices deveriam incidir no momento da atualização. Enfim, a certeza e a exigibilidade do direito estão configuradas desde o momento em que foi efetuado o pagamento e este foi considerado indevido em razão da lei que o instituiu.

Diante do exposto, requer o contribuinte que seja acolhida a presente manifestação de inconformidade, confirmando-se o pedido de restituição.

É o relatório.”

O pleito foi indeferido, por unanimidade de votos, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/FOR nº 5.347, de 07/12/2004, proferida pelos membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE, cuja ementa dispõe, verbis:

“Assunto: **Outros Tributos ou Contribuições**

Período de apuração: 01/04/1991 a 31/03/1992

Ementa: **FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.**

A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o comando inserto nos arts. 170 e 170-A do CTN. Créditos que não se apresentam líquidos, não podem ser objeto de autorização de compensação,

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Acórdão nº : 302-37.291

porquanto para se proceder à compensação deve, previamente, existir a liquidez e certeza do crédito a ser utilizado pelo contribuinte.

DECADÊNCIA.

O prazo para o contribuinte pleitear a restituição e a compensação de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Solicitação Indeferida.”

A DRJ conclui que, em pesquisas efetuadas no sítio da Justiça Federal - Tribunal Regional Federal – 5ª Região, fls. 150/156, verifica-se que o Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Ceará, do qual o contribuinte é filiado, e que foi o fundamento do pedido de restituição em foco, encontra-se, ainda, em apreciação perante o Poder Judiciário, fato que atesta a iliquidez do crédito tributário, como o próprio contribuinte reconhece em sua peça de defesa. Logo, não existindo a liquidez do indébito tributário, não há que se falar em restituição e/ou compensação.

Por sua vez, a DRJ finalizou com o entendimento do Ato Declaratório SRF nº 96/99 de que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para a repetição de indébito tributário relativa a tributo ou contribuição pago com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é a data do pagamento indevido ou a maior que o devido. No caso vertente, o contribuinte protocolizou o seu pedido de restituição em 26/02/2002 (fl. 01), tendo transcorrido o prazo decadencial de cinco anos entre a formulação do pedido de restituição e os pagamentos efetuados, de sorte que os recolhimentos sob análise não mais são passíveis de ter reconhecido o seu direito creditório, conforme estabelece o Ato Declaratório mencionado.

O interessado apresenta recurso às fls. 165/176 e documentos de fls 177/186, repisando praticamente os mesmo argumentos ora apresentados, bem como alega que a liquidez do crédito não possui qualquer relação com o trânsito em julgado no Mandado de Segurança Coletivo, ademais o art. 50 da IN SRF nº 460/04 citado pelo relator da DRJ, além de não fazer qualquer menção a iliquidez do crédito a ser restituído, não se aplica ao caso em questão.

O segundo ponto abordado pela recorrente foi a fluência do prazo decadencial, prevista no art. 168, I do CTN, que somente se verifica após a extinção do crédito tributário, para a qual, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, é imprescindível a ocorrência desta homologação, seja de forma

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Acórdão nº : 302-37.291

expressa ou tácita; que findo o prazo instituído pelo art. 150, §§ 1º e 4º, e 156, VII do CTN, para que o órgão arrecadador, finalmente, pratique a homologação necessária, qual seja, cinco anos a contar da data do fato gerador, é que começa a fluência do prazo de cinco anos presente no art. 168 do CTN. Nessa linha de argumentação, cita decisões do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina.

Requer, enfim, que seja reformado o acórdão DRJ a fim de que seja reconhecido o seu direito creditório oriundo do FINSOCIAL apontado no pedido de restituição em epígrafe.

Consta nos autos, petição de retificação de recurso voluntário, às fls. 192/193.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até a fl. 195 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

M. Del

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Acórdão nº : 302-37.291

VOTO

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim, Relatora

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

No presente processo discute-se o pedido de restituição/compensação de créditos que o recorrente alega possuir perante a União, decorrentes de pagamentos efetuados a título de contribuição para o Finsocial em alíquotas superiores a 0,5%, estabelecidas em sucessivos acréscimos à alíquota originalmente prevista no art. 1º do Decreto-lei nº 1.940/82, e cujas normas legais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 150.764-PE, de 16/12/92.

Destaco, inicialmente, que as razões de recurso atacaram praticamente a questão decadencial, tratada na decisão de primeira instância.

Como relatado, a empresa requereu sua solicitação de restituição, referente ao recolhimento a maior a título de FINSOCIAL, com base em sentença judicial relativa ao Mandado de Segurança de nº 2001.81.00.003895-7, 6ª Vara-CE impetrado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Ceará, do qual o contribuinte é filiado e a decisão DRJ conclui que, em pesquisas efetuadas no sítio da Justiça Federal - Tribunal Regional Federal – 5ª Região, fls. 150/156, verificou-se que o Mandado de Segurança referido encontra-se, ainda, em apreciação perante o Poder Judiciário, fato que atesta a iliquidez do crédito tributário.

Percebe-se que a recorrente submeteu à apreciação do Poder Judiciário o reconhecimento de direito creditório e ao mesmo tempo, solicita à instância administrativa.

A Instrução Normativa SRF nº 460, de 18/10/04, que disciplina a restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal, dispõe em seu art. 50, as regras relativas aos institutos da restituição/compensação quando da opção do contribuinte pela esfera judicial, as quais transcrevo a seguir:

“Art. 50- São vedados o ressarcimento, a restituição e a compensação do crédito do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional, objeto de discussão judicial, antes do trânsito em julgado da decisão que reconhecer o direito creditório.

§ 1º A autoridade da SRF competente para dar cumprimento à decisão judicial de que trata o caput poderá exigir do sujeito passivo, como condição para a efetivação da restituição ou do

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Acórdão nº : 302-37.291

ressarcimento ou para homologação da compensação, que lhe seja apresentada cópia do inteiro teor da decisão judicial em que seu direito creditório foi reconhecido.

§ 2º Na hipótese de título judicial, a restituição, o ressarcimento e a compensação somente poderão ser efetuados se o requerente comprovar a homologação pelo Poder Judiciário da desistência da execução do título judicial ou da renúncia a sua execução, bem como a assunção de todas as custas do processo de execução, inclusive os honorários advocatícios.

§ 3º Não poderão ser objeto de restituição, de ressarcimento e de compensação os créditos relativos a títulos judiciais já executados perante o Poder Judiciário, com ou sem emissão de precatório.

§ 4º A restituição, o ressarcimento e a compensação de créditos reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado dar-se-ão na forma prevista nesta Instrução Normativa, caso a decisão não disponha de forma diversa". (grifei).

Assim sendo, não consta dos autos qualquer documento comprobatório de sentença judicial deferitória de restituição de indébito transitada em julgado, tal como previsto acima.

De outra parte, está pacificamente assentado, na esfera administrativa, o entendimento de que a opção do contribuinte pela via judicial implica renúncia às instâncias julgadoras da via administrativa ou desistência de eventual recurso interposto, no caso de o objeto da lide ser idêntico em ambas. E que diante do dispositivo constitucional há prevalência da esfera judicial sobre a administrativa.

Tal dispositivo encontra-se em consonância com o princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal/88, segundo o qual a decisão judicial sempre prevalece sobre a administrativa. Desse modo, a ação judicial tratando de determinada matéria infirma a competência administrativa para decidir de modo diverso, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, a ele é conferida a capacidade de examiná-las de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

A respeito, já dispunha a Lei nº 6.830/1980, em seu art. 38, parágrafo único, que a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Cumpre ressaltar que o mesmo tratamento foi adotado pelo Ministro de Estado da Fazenda no art. 26 da Portaria nº 258/2001, ao estabelecer que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto importa a desistência do processo administrativo.

Processo nº : 10380.002497/2002-05
Acórdão nº : 302-37.291

Portanto, a propositura de ação judicial pela recorrente, em razão disso, nos pontos em que haja idêntico questionamento, torna ineficaz o processo administrativo. De fato, havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Do contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa.

Dessa forma, tendo a interessada buscado a via judicial para resguardar sua pretensão, renunciando à instância administrativa, nos termos do Ato Declaratório (Normativo) n.º 3/96 do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal.

À vista do exposto, e por não caber o pronunciamento administrativo referente à matéria, voto por que não se tome conhecimento do presente recurso, restando apenas o encaminhamento do processo à unidade da SRF de origem para aguardar o trânsito em julgado da ação judicial.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2006



MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Relatora