



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 10380.007364/2002-14
Recurso nº : 132.674
Acórdão nº : 302-37.292
Sessão de : 26 de janeiro de 2006
Recorrente : FORMASA – FORTALEZA MÁQUINAS AUTOS S/A.
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 Chierregatto, 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 : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

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. 307/309, 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\$ 193.012,35 (fl. 01), referente ao período de apuração de março 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.

2. A Titular da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza (CE) proferiu o Despacho (fls. 282/283), decidindo não conhecer do pedido de restituição por não existir sentença judicial transitada em julgado, nos termos do art. 17 da IN SRF nº 21/97, com redação dada pela IN SRF nº 73/97.

3. Inconformado com o indeferimento de seu pleito, do qual tomou ciência por meio de Aviso de Recebimento – AR, em 25/10/2002 (fl. 285), apresentou o contribuinte, por intermédio de seu procurador (instrumento procuratório de fl. 33), manifestação de inconformidade (fls. 286/291) contra o Despacho Decisório, na qual fundamenta sua defesa com os argumentos a seguir descritos:

“(…)

1. Dos Fatos Inerentes ao Pedido de Restituição

A requerente é pessoa jurídica que tem como objeto social a exploração do comércio de combustíveis derivados de petróleo e álcool, no âmbito do varejo.

Como tal recolhia aos cofres públicos a contribuição ao FINSOCIAL. Ocorre que as Leis N^{as} 7.787, de 30 de junho de 1989; 7.894, de 24 de novembro de 1989; 8.147, de 28 de dezembro de 1990 que tratavam da aludida contribuição, foram julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, torna-se indubitável que as contribuições recolhidas a título de FINSOCIAL são indevidas e que a requerente não pode arcar com este ônus, qual seja, suportar este prejuízo em função dos indêbitos.

Face à inconstitucionalidade supra mencionada, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Ceará, entidade a qual

Processo nº : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

se filia a requerente, ingressou com Mandado de Segurança Coletivo objetivando a compensação dos créditos provenientes do pagamento indevido do FINSOCIAL com os valores a serem pagos pela requerente a título de COFINS, incidentes nas operações com derivados de petróleo. O que foi confirmado pelo Excelentíssimo Juiz da 6ª Vara Federal - Seção Judiciária do Estado do Ceará, no Proc. nº 2001.81.00.003895-7.

Todavia, por força das Medidas Provisórias 2.037/00, e suas reedições posteriores, foi instituída alíquota zero, incidente sobre a venda de combustíveis, no recolhimento da COFINS.

Com isto, a sentença proferida no Mandado de Segurança impetrado tornou-se inócua tendo em vista que a compensação pleiteada não pode ser efetivada pelo simples fato da requerente não ser mais contribuinte da COFINS.

Ademais, em razão da pesada carga tributária e das dificuldades financeiras que sofrem as empresas neste país, a requerente almejando que os indébitos provenientes da cobrança indevida do FINSOCIAL fossem restituídos ingressou administrativamente com o Pedido de Restituição protocolado sob o nº 10380.007.364/2002-17. Ocorre que a Fazenda Pública se manifestou por não conhecer o pedido alegando para tanto o art. 17 da IN/SRF nº 21/97, com a redação dada pela IN/SRF nº 73197.

Irresignado com tal decisão ingressa com a presente Impugnação a fim de demonstrar que a mesma não pode ser mantida e deve ser reformada por esta Colenda Turma Julgadora.

2. Dos fatos da Impugnação

Sobre a discussão da constitucionalidade das leis que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, o Superior Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de considerá-las inconstitucionais conforme se denota cristalinamente no julgamento do RE nº 150.674-1/Pe.

Corroborando com este entendimento, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região sumulou in verbis:

Súmula 06: "Subsiste até a vigência e eficácia da Lei Complementar nº 70/91, a cobrança do FINSOCIAL com base no Decreto-lei nº 1.940/82, sendo inconstitucionais as alterações introduzidas pela Lei nº 7.787/89, ressalvada a situação das empresas prestadoras de serviço."

Portanto, no caso vertente a inconstitucionalidade da lei que aumentava a alíquota do FINSOCIAL faz nascer para o contribuinte um crédito oponível à Fazenda Pública tendo em vista que o mesmo recolheu ao Erário a contribuição com base naquela alíquota que sofreu o controle de constitucionalidade.

M.H. 91

Processo nº : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

Assim, o crédito proveniente da prestação indevida desta contribuição em questão deve ser restituído face da inexistência de relação jurídica que obrigue o contribuinte a pagá-la posto que a fonte da obrigação, obviamente, a lei, já não produz nenhum efeito no mundo jurídico em razão de sua inconstitucionalidade.

Contudo, não resta dúvidas acerca do direito do sujeito passivo a reaver o indebitum. O malsinado de despacho decisório, todavia, põe óbice a efetivação do direito do contribuinte alegando para tanto a carência do trânsito em julgado da sentença definitiva de restituição.

Ora, nos casos de exações fiscais já declaradas definitivamente inconstitucionais pelo Superior Tribunal Federal a exigência do trânsito em julgado da ação judicial cujo objeto é 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.

Neste prol, renomados mestres asseveram acerca deste assunto, senão vejamos:

"A exigência de trânsito em julgado da ação judicial cujo objeto seja a recuperação de tributo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como condição pra que se efetive a compensação, é desprovida de qualquer fundamento jurídico, pois a certeza do crédito já está configurada e sua liquidez é desnecessária para a declaração do direito à compensação, sem homologação de valores." (João Dácio Rolim e Daniela Couto Martins, Lei Complementar nº 104/2001 - possibilidade de compensação dos valores indevidamente recolhidos antes da sua publicação sem a restrição prevista no art. 170-A do Código Tributário Nacional, Revista Dialética de Direito Tributário no 69, junho de 2001, pp. 86/96)

Pelo exposto, bem se vê que é desnecessário qualquer decisão individual, sobretudo com restrição temporal, ou seja, com exigência de trânsito em julgado, nos casos em que há decisão preferida pelo Supremo Tribunal Federal 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 configurados desde o momento em que foi efetuado o pagamento e este foi considerado indevido em razão da inconstitucionalidade da lei que o instituiu.

3. Pedido de Reforma.

Com fulcro em tudo que acima foi exposto, requer a esta digna Turma Julgadora que dê provimento a Impugnação apresentada, para que nos termos do pedido de restituição protocolado sob o nº 10380.007.364/2002-17,

Processo nº : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

retifique o despacho decisório vergastado restituindo à Formasa - Fortaleza Máquinas Autos S/A o valor de R\$ 193.012,35 (Cento e noventa e três mil, doze reais e trinta e cinco centavos) provenientes do pagamento indevido a título de FINSOCIAL, no período de março de 1991 a março de 1992."

O pleito foi indeferido, por unanimidade de votos, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/FOR nº 5.958, de 23/03/2005, proferida pelos membros da 3ª 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 liquidados, não podem ser objeto de autorização de compensação, 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. 300/304, 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

Processo nº : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

vertente, o contribuinte protocolizou o seu pedido de restituição em 27/05/2002 (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. 315/326, repisando praticamente os mesmo argumentos ora apresentados, bem como alega que a iliquidez 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 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.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até a fl. 328 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

MH26

Processo nº : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

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. 300/304, 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 : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

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.

Cumprе 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.

M. B. e.

Processo nº : 10380.007364/2002-14
Acórdão nº : 302-37.292

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