



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n°	10384.001584/2002-05
Recurso n°	131.865 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão n°	301-33.151
Sessão de	18 de setembro de 2006
Recorrente	CACIQUE PNEUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida	DRJ/FORTALEZA/CE

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1991, 1992

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NORMAS PROCESSUAIS. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

A propositura de ação judicial afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre mesma matéria objeto da pretensão judicial, razão pela qual não se conhece do recurso interposto.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Relator.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional José Carlos Dourado Maciel.

Relatório

A recorrente já identificada formalizou junto a Delegacia da Receita Federal em Goiânia-GO, em 20/05/02 (fl. 01), pedido de restituição com vistas à compensação de valores recolhidos à alíquota excedente a 0,5% de FINSOCIAL com parcelas vincendas de COFINS, no período de fev/91 a mar/92, conforme DARF's de fls. 10/14, de acordo com a determinação contida na sentença judicial n.º 478/01 prolatada pela 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Piauí-PI, no processo n.º 2001.2766-8 referente à Ação em Mandado de Segurança contra vício de inconstitucionalidade das Leis 7.689/88, 7.738/89, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90 (fls. 15/33 e doc. fls.34/37), em favor dos substituídos do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Piauí-PI, ressalvando que a autorização em comento dar-se-ia a partir de 1º de maio de 1991, por um período de dez anos.

IN/SRF n.º 31/97, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n.º 7.689/88 pelo STF (RE n.º 150.764-1/PE, de 16/12/92)

Em Despacho Decisório de 15/07/04 (fl. 85), baseado no extrato de certidão fornecida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 82/84) que, por unanimidade de votos, reformou a decisão de primeira instância, ao prover a apelação da Fazenda Nacional, indeferiu o pleito da postulante intimando-a a efetuar o pagamento dos eventuais débitos compensados com o tributo reclamado.

Manifestando o seu inconformismo a postulante (fls. 68/81) contestou o entendimento firmado no referido despacho, argüindo sucintamente:

** O fundamento que motivou o pedido de restituição foi a inconstitucionalidade da majoração do FINSOCIAL ocorrida entre 1989 a 1991, declarada pelo STF através do RE 150.764-1/PE, DJU de 02/04/93, fato que ficou evidenciado pelo art. 18-III da Lei 10.522/02, ao dispensar a constituição de crédito por parte da Fazenda Nacional, bem como a inscrição na Dívida Ativa da União e a respectiva execução fiscal relacionadas ao Finsocial.*

** Fato esse que já vinha sendo cancelado pela IN/SRF n.º 32/97, c/c o art. 106 do CTN, na LICC e nos arts. 3º-I, 7º, 8º e 30 da Lei n.º 8.218/91; e 63 da Lei n.º 9.430/96, que promoveu a consolidação da compensação efetuada pelo contribuinte com a COFINS devida e não recolhida, dos valores do Finsocial, recolhidos pelas empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei 7.689/88, relativamente à alíquota superior a 0,5%.*

** Portanto resta claro que o direito à compensação pleiteado pela inconformada é líquido e certo, não cabendo qualquer argumento ou fundamentação contrária ao estabelecido nas normas retrotranscritas.*

** Indubitável que a negativa do pleito respaldado por força de lei e de instrução normativa, resulta em afronta ao princípio da legalidade, inserto no art. 37, CF/88, que enseja a penalidade de nulidade do ato administrativo denegatório. Assim, o direito ao crédito deve ser confirmado independentemente de interpelação judicial e de inconstitucionalidade incidenter tantum transitado em julgado, pois o direito mostra-se pacífico no âmbito da SRF.*

107

** O Mandado de Segurança foi promovido por associação representativa e não diretamente pela postulante, exclusivamente no intuito de agastar quaisquer óbices contrários a restituição e compensação dos respectivos créditos, não impossibilitando do contribuinte reclamar seu direito na via administrativa, pois não existe identidade entre as partes, que inclusive possuem personalidades jurídicas distintas, com CNPJ's, titularidades e objetos sociais diferentes.*

** O ADE COSIT n.º 03/96 ao tratar da matéria intitulada como renúncia ou desistência às instâncias administrativas quando da propositura de ação judicial, especificou sobre a propositura pelo contribuinte, o que não é o caso, conforme já demonstrado, mesmo porque a ação impetrada pelo Sindicato não pode ser imposta a todos os associados, pois o seu pleito não vincula negativamente a todos, podendo cada associado procurar a declaração de seu direito individualmente junto ao Poder Judiciário, o que não aconteceu no caso da inconformada que teve por melhor entendimento a busca do direito na esfera administrativa (art. 8º-III, CF/88).*

** Requer seja confirmado o pedido de restituição.*

A Decisão DRJ/FOR n.º 5.215, de 12/11/04 (fls. 114/123), não conheceu da impugnação, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

A Legitimidade Ativa no Mandado de Segurança coletivo está previamente fixada constitucionalmente, que assegurou à organização sindical, à entidade de classe e à associação, legitimidade ad causam para defender o direito de seus membros ou associados.

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

A propositura de ação judicial afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre a matéria objeto da pretensão judicial, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não se conhecendo da impugnação apresentada.

Impugnação não conhecida."

O voto condutor ao não conhecer da impugnação (art. 5º-LXX, CF/88, e RE's n.º 193.382-8 e 181.438-1/SP) considerou definitivo o indeferimento do pedido de restituição de Finsocial, porquanto o contribuinte já manifestou desistência tácita ao optar pela via judicial.

Notificada da decisão de primeira instância mediante aposição de assinatura em Aviso de Recebimento – AR, em 01/12/04 (fl. 125), a postulante avia o seu recurso voluntário em 27/12/04 (fls. 127/138), portanto, tempestivamente, reiterando os termos contidos na exordial, para complementando-os, argüir sucintamente:

** Manifesta a discordância com o entendimento da decisão a quo, no que pertine à renúncia tácita da via administrativa pela contribuinte em função do mandado de segurança coletivo interposto pelo Sindicato a título de substituto processual.*

107

** O ADN COSIT n.º 03/96, menciona, expressamente, a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual.*

** O que se pode denotar é que a substituição processual não vincula negativamente o filiado, pois fora impetrada ação judicial por entidade representativa de classe, não diretamente pela contribuinte ao ponto de ser declarado que este renunciou a via administrativa. Esse entendimento é consubstanciado por julgados do STJ mencionados às fls. 130/134, cujas decisões estabelecem: CC 41953/PR – CONFLITO DE COMPETÊNCIA (2004/003886-3) “1. a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos. 2. A competência absoluta não pode ser modificada por conexão ou continência (art. 102, CPC).” e REsp. 327184/DF (2001/0061744-0) “pacificou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que não ocorre litispendência da ação individual em face de ação coletiva ajuizada por entidade de classe ou sindicato”.*

** O Primeiro Conselho de Contribuintes, por meio do acórdão n.º 104-19.100, com fulcro no art. 166 do CTN, prolatou decisão no sentido de que a legitimação ativa para repetir o indébito recai na pessoa, física ou jurídica, que suportou o encargo.*

** Não há litispendência entre a ação proposta individualmente a ação coletiva proposta por sindicato, que atua como substitutivo processual, já que esta não pode inibir o direito de ação por via de processo individual pelo respectivo titular.*

** Menciona, ainda, em favor de sua tese trechos do voto proferido pelo Min. Do STJ Teori Albino Zavascki no processo CC 41953, julgado em 25/08/04, o qual defende que a ação individual pode tramitar independentemente da ação coletiva. E ainda, a coisa julgada material erga omnes somente se dará em caso de procedência de ação coletiva; bem como do REsp. 327.184-DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, segundo o qual “consoante o disposto no art. 301 e §§ do CPC, caracteriza-se a litispendência com a identidade dos sujeitos (eadem personae), do objeto (eadem res) e da causa (eadem causa petendi). Portanto, duas ações e duas demandas são idênticas quando se têm de comum todos os três elementos. A diversidade de um só elemento acarreta diferença de ação”. (...). Na espécie, a questão que se põe é se tendo sido ajuizada ação pelo SINDIRETA-DF, substituto processual dos servidores individualizados, estaria configurado o óbice processual em face de ação individual? Ocorreria a litispendência entre os co-legitimados concorrentes e disjuntivamente para ajuizar ação coletiva? A resposta é negativa.*

** Nada impede, assim, o Sindicato de demandar em nome da categoria, porque dela não precisa de autorização expressa (cf. Barbosa Moreira, Revista de Processo 61/191). (REsp 194125, rel. Min. Felix Fischer, DJ, 07/06/1999, p. 00122).*

** Conclui defendendo que a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que não ocorre a litispendência da ação individual em face da*

td

anterior propositura de ação coletiva pela entidade de classe ou sindicato, mencionando vários julgados nesse sentido, para requerer a reforma do julgado a quo e a concessão do crédito pleiteado.

É o relatório.

W

Voto

Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Relator

A matéria versa sobre o reconhecimento do direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota de 0,5%, do FINSOCIAL, declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, em 02/04/93, entretanto há uma preliminar de concomitância sobre ações em trâmite nos âmbitos administrativo e judicial a ser apreciada.

O julgado de primeira instância, consubstanciado nos arts. 5º-LXX e 8º-III – CF/88, bem como no ADN COSIT nº 3/96, entendeu que o Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Piauí-PI, do qual participa a ora Recorrente, possui legitimidade ativa *ad causam*, para defender o direito de seus membros ou associados, portanto a proposição de ação judicial pela entidade afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre a matéria da pretensão judicial, não conhecendo da impugnação.

Da outra parte a Recorrente argumenta que nada impede o Sindicato de demandar em nome da categoria, posto que agindo como substituto processual dela não precisa de autorização expressa.

Entretanto, tal fato não pode caracterizar litispendência entre as esferas judicial e administrativa, eis que a Recorrente não demandou judicialmente, apenas fazendo-o administrativamente, ressaltando que o Sindicato e a Recorrente são pessoas jurídicas distintas, não podendo a demanda judicial interposta por aquela impedir a competência absoluta desta, sob a alegação de existência de conexão ou continência, eis que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, mencionando a título de ilustração o acórdão nº 104-19.100, prolatou decisão no sentido de que a legitimação ativa para repetir o indébito recai na pessoa, física ou jurídica, que suportou o encargo, com fulcro no art. 166 do CTN, além de farta jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de não ocorre litispendência da ação individual em face de ação coletiva ajuizada por entidade de classe ou sindicato.

De antemão, em homenagem ao princípio da unicidade de jurisdição, que tem por finalidade evitar a concorrência de conflitos de competência entre os Poderes harmônicos da União Federal, coube ao Poder Judiciário firmar a coisa julgada que não poderá ser objeto de reforma no processo administrativo.

Nesse sentido, o Poder Executivo através do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/79 e do art. 38 da Lei nº 6830/80, dispôs sobre a matéria, disciplinada por meio da alínea “a” do ADN/SRF/COSIT Nº 03/96 e do art. 26 da Port. MF nº 258/01, que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto importa a desistência do processo.

No caso em comento, tem-se uma ação judicial - MS Coletivo, impetrada pelo Sindicato retrocitado, de nº 2001.40.00.002766-8/PI (data da distribuição em 30/04/01); uma sentença de nº 478/2001 (fls. 34/37) que reconheceu a inconstitucionalidade da majoração da alíquota de Finsocial de 0,5%; e uma apelação promovida pela Fazenda Nacional contra essa

decisão, em forma Agravo de Instrumento sob o nº 2002.01.00.002124-9 (fls.), havendo o Acórdão que prolatou o provimento dessa apelação, sido publicado no DJ de 25/06/03, transitando o mesmo em julgado em 09/10/03, com baixa definitiva nesta data à justiça Federal de Teresina-PI, Malote nº 25089 (fls. 83).

Ocorre que também há uma demanda administrativa promovida pela Recorrente, protocolada em 20/05/02, que pleiteia a restituição de indébito tributário, cujo fundamento da causa de pedir é a mesma daquela pretendida na ação judicial, ou seja, a inconstitucionalidade da majoração da alíquota de Finsocial de 0,5%, declarada pelo STF.

Note-se que o presente litígio não trata de litispendência, tema abordado com ênfase pela Recorrente e sim, de concomitância, simultaneidade de ações com o mesmo objeto nos âmbitos administrativo e judiciário, delas participando o mesmo interessado.

Com efeito, constata-se a existência de proposição pela Recorrente de demanda administrativa pleiteando-se a restituição de indébito tributário em data anterior ao trânsito em julgado da ação judicial impetrada pelo Sindicato, entretanto, se constata que a ora recorrente é parte interessada tanto na ação judicial quanto na demanda administrativa, coincidindo também o mesmo propósito entre eles, inclusive com decisão transitada em julgado, não havendo, pois, como se alterar o conteúdo do feito em coisa julgada.

A Lei nº 5.869/73 – CPC, em seu art. 104 estabelece que “se dá continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras”, fato este que, se encaixa no modelo em debate. Logo, a mesma matéria não pode ser discutida nos Poderes Judiciário e Executivo sob o risco de ocorrer concomitância de decisões para o mesmo interessado.

Ante todo o exposto, deixo de conhecer do recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 18 de setembro de 2006


OTACILIO DANTAS CARTAXO - Relator