



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10680.008864/93-67
SESSÃO DE : 08 de julho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344
RECURSO Nº : 126.216
RECORRENTE : LOCALIZA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BELO HORIZONTE/MG

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário há renúncia às instâncias administrativas não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito, debatida no âmbito da ação judicial.

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, não tomar conhecimento do recurso por opção pela via judicial, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 08 de julho de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

VALMAR FONSÊCA DE MENEZES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LENCE CARLUCI, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI e LUIZ ROBERTO DOMINGO.

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344
RECORRENTE : LOCALIZA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BELO HORIZONTE/MG
RELATOR(A) : VALMAR FONSECA DE MENEZES

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“Contra a contribuinte acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/09 com a exigência do crédito tributário no valor de 1.200.377,97 UFIR a título de Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, juros de mora e multa proporcional, por falta de recolhimento da contribuição nos fatos geradores listados em fl. 02.

Consta de fl. 03, consignado pelas autuantes que foi verificada --- *a falta de constituição e recolhimento de parte da Contribuição para o Finsocial sobre o Faturamento devida, relativa ao período de apuração de 09189 a 12190 e 12191, o que deu origem ao crédito tributário constante do Auto de Infração. A empresa já havia apresentado o pedido de parcelamento do FINSOCIAL devido, calculado à alíquota de 0,5%, através do processo administrativo no. 10680.003884193, referente a parte do período omissso, fazendo a devida confissão de dívida. Não foi incluído neste levantamento os períodos de apuração de maio, Junho, julho e agosto de 1990. Foi, portanto, excluído do valor lançado, aquele constante do referido processo de parcelamento. Relativamente ao lançamento efetuado em dezembro de 1991, embora tenha sido entregue a DCTF do período, restou diferença a ser constituída e cobrada. A base de cálculo foi apurada conforme levantamento efetuado nos livros contábeis e fiscais da empresa e de acordo com quadro demonstrativo apresentado pela mesma. Conforme cópia da certidão fornecida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o contribuinte impetrou o Mandado de Segurança no. 90.0009586-7, onde questiona a inconstitucionalidade do Finsocial ”*

Cientificada em 17/11/1993, a interessada apresentou, em 16/12/1993, impugnação ao ato mencionado (fl. 17), no qual alega, em síntese, que:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

- a) é empresa prestadora de serviços, estando obrigada ao recolhimento do FINSOCIAL;
- b) em 20/11/1992 impetrou mandado de segurança objetivando afastar a exação, alegando a inconstitucionalidade da mesma;
- c) a carta de sentença prevista nos artigos 589 e 590 do Código de Processo Civil, contendo as principais peças do processo está juntada em anexo;
- d) o acórdão naquele processo foi exarado em 04/10/1993, tendo sido publicado no Diário da Justiça do dia 21/10/1992, à fl. 146;
- e) a decisão no Tribunal Regional Federal permite a execução provisória do julgado mesmo que tenha sido interposto recurso, porquanto este não terá efeito suspensivo; ora a execução provisória do Julgado nada mais é do que afastar a diferença de alíquota acima de 0,5% declarado inconstitucional;
- f) mesmo tendo requerido o parcelamento do FINSOCIAL sob a alíquota de 0,5%, no dia 17 de novembro do corrente foi autuada com base no diferencial de alíquota;
- g) Existe, assim, fato precedente que vicia o auto de infração tornando-o ato nulo, porquanto não se pode lançar ou exigir crédito tributário já declarado inexistente.

Consta de fls. 118/120, o seguinte parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: *“Conforme relatado e consta dos autos em apenso, a interessada impetrou Mandado de Segurança perante a 1ª Vara Federal desta Capital, o qual recebeu o número 90.0005139-8, objetivando a declaração de inconstitucionalidade incidental da Contribuição Social do artigo 28 da Lei 7.738/89, o qual foi denegado por sentença de mérito que afastou a pretendida inconstitucionalidade, sentença esta transitada em julgado em 10/12/1990 (fls. 44 processo administrativo em apenso). Não obstante isso, posteriormente a esse ajuizamento manejou a interessada outro Mandado, idêntico (veja-se as peças iniciais), o qual foi distribuído à 6ª Vara da Capital e recebeu o nº 90.0009586-7, e somente foi julgado em 27 de março de 1992, quando o anterior já transitara em julgado com decisão de mérito, sendo certo que a segunda sentença também concluiu pela*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

constitucionalidade da exigência e apreciou a constitucionalidade da majoração de alíquota para 1,2% a partir de 24/02/90, em face da exigibilidade mitigada de 90 dias e da decadência de 120 dias para a impetração. Como se verifica embora a primeira sentença já houvesse decidido pela constitucionalidade da referida exação e transitada em julgado a segunda não é com ela incompatível, na medida em que deu por idêntica constitucionalidade e apreciou apenas uma alteração de alíquota (1,2%) que não foi objeto de decisão na primeira ação. Em suma: da primeira decisão ressaí que é constitucional a exigência da contribuição social instituída pelo artigo 28 da Lei nº 7.738/89; da segunda, que a mesma contribuição, que também foi tida como constitucional, é devida na alíquota de 1,2%, respeitada a exigibilidade mitigada de 90 dias. Quanto ao mais, nada foi decidido. Assim, à vista do exposto e pela compatibilidade de ambas as decisões, forçoso é concluir-se que: a) a contribuição em tela é devida por que é constitucional (primeira sentença transitada em julgado, não cabendo mais qualquer discussão a respeito); b) tendo sido a segunda sentença confirmada conforme se informa às fls. 43 deste processo, exigível a aplicação da referida alíquota nos termos em que foi decidido; c) em face da primeira decisão já transitada em julgado, em harmonia inclusive com a constitucionalidade já declarada da contribuição social do artigo 28 da Lei 7.738/89 pelo Supremo Tribunal Federal (RE 150.755-1 PE DJ de 20 agosto de 1993, Seção 1, página 16.322); da segunda decisão limitada à alíquota de 1,2% e também harmônica; e da legislação em vigor, opino que a referida exação deve ser exigida, com seus aumentos de alíquotas, respeitado, como já decidido pela 6ª Vara Federal para a alíquota de 1,2% e para as demais, o § 6º do artigo 195 da Constituição Federal, ao qual está subordinada a espécie pela decisão plenária do Supremo Tribunal Federal já antes referenciada."

Por sua vez, em fls. 121/122, consta a seguinte informação prolatada pela DRF Belo Horizonte:

"Trata-se de Auto de Infração através do qual é cobrada a contribuição para o FINSOCIAL dos PA 09/89 a 12/90 e 12/92 da Empresa Localiza Ltda.

Em atendimento ao despacho de fls. 99, informamos que, relativamente ao FINSOCIAL, a empresa impetrou as seguintes ações judiciais

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

PROCESSO 90.0005139-0 - Mandado de Segurança objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Contribuição Social do art. 28 da Lei 7.738/89 (FINSOCIAL), o qual foi denegado por sentença de mérito que afastou a pretendida inconstitucionalidade, sentença essa transitada em julgado em 10/12/90 (PAJ 10680.005026/90-52).

PROCESSO 90.0009586-7 - Mandado de Segurança, idêntico ao anterior, cuja decisão, Acórdão no. 92.0129405-0, também transitou em julgado concluindo pela constitucionalidade da exigência, apreciando a constitucionalidade da majoração de alíquota para 1,2%, a partir de 24/02/90, em face da exigibilidade mitigada de 90 dias e da decadência de 120 dias para impetração - (PAJ 10680.008363/90-29).

PROCESSO 94.0022868-6 - Mandado de Segurança com o intuito de que tais autoridades coatoras se abstivessem de praticar qualquer ato tendente a exigir o recolhimento do FINSOCIAL à alíquota superior a 0,5%, bem como para que lhe fosse fornecida Certidão Negativa de Débitos. A sentença de 17/06/96 declarou o processo extinto sem julgamento de mérito - (PAJ 10680.009772194-67 e PAJ 10680.009859/94-43).

PROCESSO 96.0110412-7 - Ação rescisória com o objetivo de desconstituir o acórdão transitado em julgado no processo 90.0009586-7 e pleitear a realização de novo julgamento. Solicita ainda o levantamento dos depósitos judiciais efetuados nos autos. Até esta data, o TRF 1a. Região não proferiu decisão definitiva nesse processo.

De acordo com os documentos juntados às fls. 104/115, nos autos do Processo 90.0005139-0 foram efetuados depósitos Judiciais relativos ao FINSOCIAL dos PA 05190 a 08190. Esses depósitos foram convertidos em dívida da União em sua totalidade e quitam integralmente os débitos do FINSOCIAL desses períodos.

Nos autos do processo 90.0009586-7 também foram efetuados depósitos judiciais, de fls. 116/117, relativos ao FINSOCIAL, objeto deste auto de infração. Referem-se aos PA 09/90 a 12/90 e ainda encontram-se à disposição da Justiça Federal.

Às fls. 118/120 juntamos cópia de orientação da PFN/MG em resposta à consulta formulada pela SESIT/DRF/BHE no processo 10680.008363/90-29, segundo a qual as decisões judiciais nos

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

processos 90.0005139-0 e 90.009586-7 são compatíveis e que a cobrança do FINSOCIAL é constitucional e o mesmo deve ser exigido com seus aumentos de alíquota... "

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

***"CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL
- FINSOCIAL:***

DISPOSIÇÕES DIVERSAS:

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando-se definitiva a exigência discutida."

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 160.

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

VOTO

O recurso é tempestivo e, estando presentes os pressupostos de admissibilidade, passo à sua apreciação.

Verifica-se, de forma preliminar, conforme documentação nos autos, que o contribuinte ingressou com ação judicial contra a Fazenda Nacional, ocorrendo idêntico objeto entre a matéria contida no processo judicial e aquela contida nas peças recursais.

Tal é o que se verifica da análise da seguinte documentação:

- Às fl. 02 e 03, auto de infração, cuja motivação é a diferença do FINSOCIAL acima da alíquota de 0,5% , considerando o parcelamento realizado referente a esta parcela, ressaltando-se o demonstrativo de apuração da contribuição, à fl. 04 e 05;

- À fl. 03, Mandado de Segurança, pleiteando a inconstitucionalidade do FINSOCIAL (fls. 35, 38 e 39), sem se referir à diferença de alíquota, e com receio de autuação por parte do Fisco (fl. 34); requer medida liminar para não recolher a contribuição, com efetivação de depósitos (fl. 41);

- Sentença Judicial, às fls. 44 e 64;

- Relatório Judicial do TRF, à fl. 81 (mandado contra toda e qualquer exigência da contribuição);

- Relatório da Fiscalização da DRF de Belo Horizonte, relacionando todos os processos, explicitando, inclusive, um Mandado com relação à elevação das alíquotas e Ação Rescisória, com pedido de levantamento dos depósitos realizados, e conversão em renda da União de parte dos depósitos realizados (fl. 121);

- A peça recursal, à fl. 152, traz à baila as questões suscitadas no Judiciário, inclusive questão concernente à anistia estabelecida pela Lei 9779/99, também submetida ao Judiciário, conforme fls. 181/182;

- O parcelamento, também presente na peça recursal, foi levado ao Judiciário, como atesta a informação fiscal de fl. 221, proferida em virtude do Processo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário* (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperar, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança.”

E Alberto Xavier, no seu *“Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”*, Forense, 1997, ensina:

“Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao poder Judiciário.

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial.

Sobre este assunto, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT 03, de 14 de fevereiro de 1996:

“.....
.....
.....

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

.....

.....

.....

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

.....

.....

.....

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

.....

.....

.....”

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo Sr. Coordenador Geral do Sistema de Tributário, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *in verbis*:

“.....

.....

.....

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e, nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retornar-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.216
ACÓRDÃO Nº : 301-31.344

formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – “O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2º Vol., ed. 1977, no. 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 (“Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...”).

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

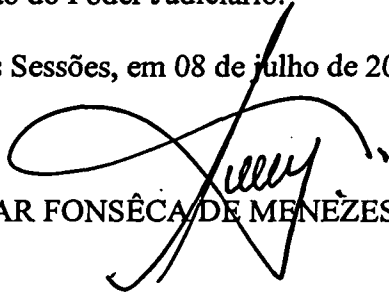
.....

.....

.....” (GRIFOS DO ORIGINAL)

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria recursal, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Sala das Sessões, em 08 de julho de 2004


VALMAR FONSÊCA DE MENEZES - Relator