



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10880.007270/99-22
Recurso nº : 130.480
Acórdão nº : 303-32.322
Sessão de : 11 de agosto de 2005
Recorrente : CETENCO ENGENHARIA S/A.
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO JUDICIAL
CONCOMITANTE.**

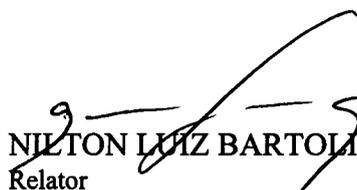
A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em: **28 SET 2005**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Davi Machado Evangelista (Suplente). Ausente o Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza.

Processo nº : 10880.007270/99-22
Acórdão nº : 303-32.322

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de Restituição/Compensação, formalizado pelo contribuinte em 16/03/99, fundamentado na inconstitucionalidade da majoração da alíquota do Finsocial.

O pleito do contribuinte foi indeferido por Despacho Decisório prolatado pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo, juntado às fls. 61, fundamentado no Ato Declaratório nº 96/99.

Em tempo hábil, o contribuinte apresentou impugnação, na qual aduz, em suma, que:

- I. enquadra-se na hipótese do inciso I do artigo 165 do CTN, em razão de haver vertido, por força de alteração da alíquota para maior do Finsocial, ainda que inconstitucional, valores a maior;
- II. é pacífico o entendimento em nossas Cortes Superiores de que o prazo decadencial só começa a fluir após o decurso de 5 anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos contados da data em que foi declarada a inconstitucionalidade do diploma legal em que se fundou a exação;
- III. a decisão que declarou a inconstitucionalidade da majoração de alíquotas do Finsocial nos REs nºs 150.764-1 e 150.755-1 foi veiculada no DJU de 02/04/93, data em que começou a fluir o prazo estatuído pelo Código Tributário Nacional, sendo os primeiros 5 anos relativos ao prazo prescricional da ocorrência do fato gerador, após o que iniciou-se os 5 anos relativos à prescrição do direito de postular a restituição, de forma que a recorrente utilizou-se de seu direito dentro do prazo legal, o que afasta por completo a fundamentação injurídica da decisão combatida;
- IV. salienta que impetrou Mandado de Segurança Preventivo (processo autuado sob o nº 94.0034753-7, perante a 10ª. Vara da Justiça Federal em São Paulo) pleiteando a compensação de seus créditos relativos ao Finsocial recolhido a maior com os valores devidos a título de COFINS, PIS, Contribuição Social sobre o Lucro e contribuição devida ao INSS incidente sobre os valores pagos aos empregados, aos sócios, aos administradores, a autônomos, bem como 13º salário;

Processo nº : 10880.007270/99-22
Acórdão nº : 303-32.322

- V. na forma do disposto no parágrafo único do artigo 169 do Código Tributário Nacional, o ajuizamento do Mandado de Segurança interrompeu o prazo prescricional.

Requer pela reforma da decisão recorrida e deferimento de seu pedido de compensação.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, foi indeferida a solicitação do contribuinte, nos termos da seguinte ementa:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

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

Ementa: EXTINÇÃO DO DIREITO DE REQUERER A RESTITUIÇÃO

O direito de a contribuinte pleitear a restituição decai no prazo de cinco anos, a contar da data da extinção do crédito.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

No caso do lançamento por homologação, a data do pagamento do tributo é o termo inicial para a contagem do prazo em que se extingue o direito de requerer a restituição.

AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

A existência de ação judicial discutindo a inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial, afasta a competência da autoridade administrativa de julgamento acerca da mesma matéria.

Solicitação Indeferida.”

Irresignado com a decisão singular, o contribuinte apresenta tempestivo Recurso Voluntário, onde reitera os argumentos e pedidos apresentados em sua peça impugnatória, aduzindo, ainda, que a ação judicial a que deu início não tem o escopo de discutir a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do Finsocial, discussão já encerrada frente à decisão do Supremo Tribunal Federal, mas o que se discute é o direito à compensação.

Não foram os autos encaminhados à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de 25/08/1999.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro constando numeração até às fls. 143, última.

É o relatório.



Processo nº : 10880.007270/99-22
Acórdão nº : 303-32.322

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

O pedido de restituição/compensação formulado pelo recorrente tem fundamento na inconstitucionalidade das normas que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, declarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 150.764-PE ocorrido em 16/12/1992, tendo o acórdão sido publicado em 02/03/1993, e cuja decisão transitou em julgado em 04/05/1993.

Não obstante, deixo de apreciar o mérito das argumentações trazidas aos autos, em face da concomitância do processo administrativo com o judicial, que se apresenta no caso.

É certo que essa questão que vem atormentando os membros do Conselho de Contribuintes comprometidos em harmonizar as decisões administrativas em face das prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário, de modo a resguardar o sagrado direito de todos os cidadãos a obter a prestação de tutela jurisdicional seja no âmbito do Executivo, seja perante os Juizes, diz respeito à possibilidade ou não de simultâneo processamento nestas esferas.

De logo cumpre assentar a meridiana clareza do texto constitucional ao proclamar com solenidade a independência e harmonia entre os Poderes da República, bem assim a prerrogativa funcional do Judiciário para aplicar o direito em caso concreto, apreciando toda e qualquer ameaça ou lesão de direito, em caráter preponderante e definitivo, consagrando o princípio da ubiqüidade do Poder Judiciário, conforme o estilo de PONTES DE MIRANDA.

Destarte, não parece conformar-se ao direito constitucional pátrio admitir a coexistência de procedimento administrativo e processo judicial, examinando simultaneamente idênticas matérias objeto de lide entre idênticas partes.

Iniciado o processo judicial nessas características, fecham-se as portas do procedimento administrativo; iniciado o processo administrativo e instaurado o processo judicial nas mesmas características, deve ser a imediata extinção do feito administrativo.

E isso, como demonstrado, porque em face da harmonia e independência entres os Poderes e a prevalência do Judiciário sobre os demais

Processo nº : 10880.007270/99-22
Acórdão nº : 303-32.322

Poderes para dirimir conflitos concretos, haveria grave ofensa à Constituição da República se admitida a possibilidade do Poder Executivo promover procedimento de características processuais idênticas a processo judicial em curso.

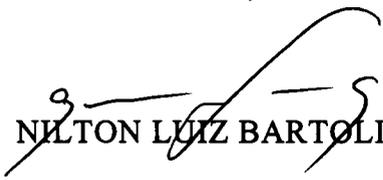
A recusa ao conhecimento de matérias já em processamento perante o Judiciário vem sendo motivada em uma “renúncia da instância administrativa”, o que não me parece razoável. Renúncia, por ser disponibilidade de interesses, direitos ou bens, não se presume. Nem a lei poderia prever tal presunção de renúncia porque a Constituição assegura que ninguém será privado dos seus bens senão após o esgotamento do devido processo. A tese da “renúncia” tem nítida inspiração no direito administrativo francês, de origem notoriamente revolucionária, pleno de ranços contra o Judiciário.

Me parece mais consentâneo com o direito pátrio, cuja matriz constitucional de longe optou pelo modelo norte-americano e seus princípios, ser caso de impossibilidade ou proibição dirigida sistematicamente ao Executivo, no sentido de vedar-lhe o proferimento de decisões no âmbito de procedimentos administrativos, quando já provocado o Judiciário

O obstáculo, como demonstrado acima, formaliza-se nas pétreas garantias de independência e harmonia entre os Poderes e a prevalência do Judiciário em face dos demais Poderes no que tange à solução das lides.

Em face da manifesta relação de prejudicialidade existente entre as matérias debatidas perante o Judiciário, em sede de Mandado de Segurança, e perante esta Câmara, como ressaltado pelo próprio contribuinte em suas alegações, já que ele admite estar discutindo a compensação perante o Judiciário, bem assim pelas graves conseqüências decorrentes de eventual contradição entre as decisões proferidas em uma e outra instância, voto no sentido de não conhecer da matéria de mérito ventilada no recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2005


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator