



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

Processo nº : 10980.010855/98-93
Recurso nº : 130.013
Acórdão nº : 303-32.475
Sessão de : 19 de outubro de 2005
Recorrente : S. BUERGER CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA.
Recorrida : DRJ/CURITIBA/PR

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 a que deixo de tomar conhecimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de decadência do direito de a contribuinte pleitear a restituição da Contribuição para o Finsocial paga a maior e determinar a devolução do processo à autoridade julgadora de primeira instância competente para apreciar as demais questões de mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em: 02 MAR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiuza, Marciel Eder Costa e Tarásio Campelo Borges. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Rubens Carlos Vieira.

Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de Restituição/Compensação, formalizado pelo contribuinte em 09/09/98, fundamentado na inconstitucionalidade da majoração da alíquota do Finsocial.

Anexa os documentos fls. 02/26, contendo entre eles, planilhas de apuração de valores do FINSOCIAL recolhidos a maior (de outubro de 1989 a dezembro de 1991), planilha de atualização de valores para compensação, Contrato Social e DARFs.

Encaminhados os autos ao Serviço de Tributação da DRF/Curitiba, o pedido do contribuinte foi indeferido (fls 28), tendo em vista o entendimento de que o interessado perdeu o direito de pleitear a restituição, extinguindo-se esse direito com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos da data da extinção dos créditos tributários.

Intimado (fls. 29/30), o contribuinte apresentou sua Impugnação (fls. 31/35), alegando em suma que:

O Art. 168 do CTN , no Inciso I, prevê que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, sendo que o lançamento por homologação ocorre quando a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade exercida, expressamente a homologa.

O parágrafo 4º do Art. 150 do CTN determina que, se a Lei não fixar prazo à homologação, será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

- Expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para corroborar seus argumentos, colaciona acórdão (RE n. 150.764-1-PE) do STF

O pleito do contribuinte foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR (fls. 37/43), nos termos da seguinte ementa:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições
Período de Apuração: 01/10/1989 a 31/12/1991
Ementa: FINSOCIAL. EXTINÇÃO DO DIREITO DE REQUERER
A RESTITUIÇÃO.

Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

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.

Solicitação Indeferida”

Irresignada com a decisão singular, a Recorrente interpôs tempestivo (fls. 73) Recurso Voluntário (fls. 61/72), onde reitera seus argumentos e pedidos de sua Peça Impugnatória, apresentando vasta doutrina em defesa de sua tese, e ainda, acrescentando em suma que:

- entendeu o nobre relator, que o pagamento antecipado extingue o crédito tributário e é a partir desta data que se conta o prazo em que se extingue o direito de pleitear a restituição;

- ao contrário da tese sustentada pelo Egrégio 3º Turma de Julgamento, é a partir da homologação, com a apuração de eventual crédito da Fazenda, é que se inicia o prazo para o contribuinte almejar a restituição dos valores que reputa indevidos;

- a falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, desde o fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco, para apuração do tributo devido, sendo este, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça;

- o Art. 168 CTN, Inciso I, prevê que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos. Nos casos de lançamento por homologação, ocorre quando a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade exercida pelo obrigado (sujeito passivo), expressamente a homologa;

- o parágrafo 4º do Art. 150 do mesmo diploma determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador;

- expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência do dolo, fraude ou simulação.

Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

Diante de tais fatos, requer o contribuinte, seja dado integral provimento ao Recurso, para o fim de reformar a respeitável decisão da 3ª Turma de Julgamento, no sentido de permitir que o contribuinte seja restituído dos valores pagos indevidamente a título de Finsocial, tendo-se em vista, estar sua pretensão de acordo com a jurisprudência.

Às fls. 74 consta ofício da Delegacia da Receita Federal em Curitiba, anexando cópia de decisão judicial, acompanhada com cópia da inicial, informações prestadas pela DRF/Curitiba e demais documentos, referente ao MS nº 2004.70.00.009771-4, impetrado pela Recorrente.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº314, de 25/08/99, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 139, última.

É o relatório.



Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Ultrapassada a fase de análise dos requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário, passo a análise da questão.

Com efeito, o pleito do contribuinte fora indeferido nas duas instâncias anteriores à presente, sob o fundamento de que o contribuinte perdera o direito de pleitear a restituição, pois esse direito extinguiu-se com o decurso do prazo de cinco anos contados das datas de extinção dos créditos tributários.

Após a apresentação do Recurso Voluntário pelo contribuinte, através do ofício da Delegacia da Receita Federal em Curitiba, chegam aos autos cópia da inicial de Mandado de Segurança e suas respectivas decisões, prolatadas nos autos do MS nº2004.70.00.009771-4, perante a Justiça Federal de Curitiba – Paraná.

Já da inicial, constata-se no procedimento judicial pedido igual ao proposto no administrativo, qual seja, o de compensação, como pode extrair-se dos itens 'a' e 'e' de seu pedido, *in verbis*:

“Presentes os requisitos do *fumus boni jûris* e do *periculun in mora*, seja deferida a liminar, inaudita altera parte, para que possa a Impetrante compensar os valores pagos indevidamente no período de 10/1989 a 12/1911, a título de FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL – FINSOCIAL, com as parcelas vencidas e as vincendas da COFINS.

...

Seja, ao final, julgado totalmente procedente o pedido do Impetrante, para o fim de declarar a inexistência de relação jurídica válida que dê ensejo à cobrança do FINSOCIAL com alíquotas majoradas pelas Leis nº 7.689/88, 7.787/89, 7.984/89 e 8.174/90, para garantir à Impetrante o direito de efetuarem a aludida compensação, referente aos últimos dez anos, dos valores excedentes a título de FINSOCIAL, com as parcelas vencidas e vincendas da COFINS, observando-se, no cálculo da correção monetária e dos juros de mora, as orientações contidas no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 242, de 03 de julho de 2001;”

Ressalto, portanto, que seu pedido principal no Mandado de Segurança, assim como no presente processo administrativo, foi pela compensação dos tributos, conforme declarado pelo próprio contribuinte na inicial do processo judicial (fls. 88), como segue:

Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

“Inconformada, portanto, com o pagamento a maior da referida contribuição, com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal, com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucional os excessos das exações, pretendeu ver reconhecidos seus créditos para com a Receita Federal.

Para isto, requereu administrativamente, o direito à restituição (compensação) dos referidos valores pagos indevidamente, referente ao período de 10/1989 a 12/1991, com as contribuições devidas à COFINS, o que gerou o processo administrativo nº 10980.010855/98-93, (...).

...

Inconformada, a Impetrante interpôs RECURSO VOLUNTÁRIO ao Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, que ainda não foi apreciado (...).”

E, como bem explanado nas Informações (fls. Fls. 125/137) solicitadas pelo MM. Juiz Federal Substituto da 7ª Vara da Justiça Federal do Paraná, à Delegacia da Receita Federal em Curitiba-PR:

“O impetrante pede que lhe se reconheça o direito a compensar pagamentos a título de Finsocial que teria feito entre outubro de 1989 a dezembro de 1991. Como ele mesmo anuncia, tal é o objeto do Processo Administrativo Fiscal nº 10980.010855/98-93 (com cópia nos presentes autos), atualmente no Terceiro Conselho de Contribuintes, para fins de apreciação do recurso voluntário contra a decisão da primeira instância julgadora administrativa, que indeferiu o pleito do contribuinte. Com relação a esse pedido, é importante registrar que, ante a supremacia das decisões emanadas do Poder Judiciário, a opção por esta via implica, imediatamente, a extinção da discussão na esfera administrativa. Ou seja, tão logo o Conselho de Contribuintes seja notificado desta nova situação, certamente deliberará por não julgar o recurso (que lhes foi encaminhado em 3 de maio último), do que resultará como definitiva, nesta esfera, a decisão da Delegacia da Receita Federal em Curitiba, que indeferiu o pleito.”

Isto posto, entendo pela identidade de objeto entre as ações propostas concomitantemente perante o administrativo e o judiciário, o que se confirma também pelo relatório da decisão proferida no procedimento judiciário (fls 77), a qual dispõe:

“Pretende a impetrante a concessão de liminar autorizando-lhe a compensar valores que entende ter pago indevidamente a título de FINSOCIAL, com parcelas vencidas e vincendas da COFINS.”

Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

Diante desta constatação, importa mencionar que essa questão 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 em obter a prestação de tutela jurisdicional, seja no âmbito do Executivo, seja perante os Juizes, e 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 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.

Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

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, 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, até porque, em consulta ao site do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, constata-se que o procedimento judicial adotado pelo contribuinte não chegou ao seu fim, já que aguarda decisão de apelação em mandado de segurança, como atesta o extrato que segue abaixo:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº: 2004.70.00.009771-4

Autuado: 10|05|2005
Origem: 200470000097714 - AM01 CURITIBA/PR
Relator: Des. Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA - 1ª TURMA
UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) (ver todas as partes)

APELANTE:
Advogado Dolizete Fátima Michelin
S BUERGER CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA/ (ver todas as partes)

APELADO:
Advogado Carlos Alberto Borrelli Barbosa
Assunto: Finsocial
Compensação
Expedição de CND

Local do Processo: Gab. Des Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA/A21P5

FASES

19/09/2005 PROCESSO RECEBIDO NO GABINETE APÓS VISTA AO MPF GUIA NR.: 50156553 ORIGEM: SECRETARIA DA 1a. Turma
16/09/2005 CONCLUSÃO AO RELATOR COM PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO GUIA NR.: 050156553 DESTINO: GAB.Des. Federal ALVARO EDUARDO JUNQUEIRA
16/09/2005 PROCESSO RECEBIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
06/06/2005 PROCESSO REMETIDO AO MINISTERIO PUBLICO FEDERAL GUIA NR.: 050086117 DESTINO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
03/06/2005 DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA Distribuição automática normal do dia 03.06.2005 - n. 34608

ATENÇÃO: Informações atualizadas até 06/10/2005, extraídas em WWW.trf4.gov.br

Isto posto, face ainda ao entendimento pacífico que se consolidou no âmbito deste Conselho de que a concomitante existência de ação judicial e administrativa, com as mesmas partes e idêntico objeto, e, no meu entendimento, somente neste caso, impede o julgamento de mérito nos autos da segunda, e tendo em vista do que dispõe o ADN / COSIT nº 03/96 : "a) 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 (...)", deixo de tomar conhecimento do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Processo nº : 10980.010855/98-93
Acórdão nº : 303-32.475

Outrossim, ressalto que nada impede que o contribuinte proceda à compensação na forma decidida no procedimento judicial, e que requeira tão somente sua homologação junto ao administrativo, já que a compensação foi objeto de pedido no judiciário.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2005.


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator