



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13502.720032/2006-10
Recurso n° 140.065 Voluntário
Acórdão n° **3201-000.042 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de março de 2009
Matéria Processo Administrativo Fiscal
Recorrente BRASKEM S/A
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002

PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. MATÉRIA IDÊNTICA.
RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A existência de ação judicial, com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal, implica na renúncia à instância administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Heroldes Bahr Neto, Nilton Luiz Bartoli e Vanessa Albuquerque Valente

LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Presidente

HEROLDES BAHR NETO – Relator

ANELISE DAUDT PRIETO – Redatora designada

CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO – Redator designado para formalizar o acórdão dado que a redatora designada, Conselheira Anelise Daudt Prieto, não pertence mais ao Colegiado. (Despacho n° 3200-0026– 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 3ª Seção do CARF)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luis Marcelo Guerra de Castro, Presidente, Anelise Daudt Prieto, Nilton Luiz Bartoli, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Vanessa Albuquerque Valente. A Conselheira Nanci Gama declarou-se impedida.

Relatório

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo abaixo o relatório que compõe a Decisão Recorrida.

Trata o processo de cobrança dos créditos tributários de Cofins dos períodos-de-apuração de janeiro, fevereiro e março de 2002, que se encontram confessados em DCTF e que estavam na situação de suspenso pela ação judicial nº 92.00.00125-4.

Posteriormente, tendo a Seção de Controle e Acompanhamento Tributário — SACAT da DRF/Camaçari verificado que inexistia a prerrogativa de suspensão da exigibilidade prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional e tampouco crédito líquido e certo transitado em julgado para utilização da compensação administrativa com créditos do Finsocial, encaminhou os débitos para cobrança amigável, a qual vem o interessado contestar amparado por ação judicial.

A empresa ajuizou a ação nº92.00.00125-4 com o intuito de contestar a majoração das alíquotas do Finsocial que excedeu a 0,5%, tendo a Apelação Cível 93.01.17786-2 (fls.04/08), transitado em julgado pelo TRF da 1ª Região, reconhecendo seu pleito (fls.09 e 10/19) em 15/08/1994.

Posteriormente requereu o aproveitamento do crédito mediante compensação, que foi negado pela Justiça Federal e também pelo TRF (fls.20/21 e 22/26), cuja decisão foi reformada pelo Acórdão STF no Recurso Especial nº 200577/BA (fls.27 e 28/36), que transitou em julgado em 01/09/1999 (fl.37).

Diante da certeza de reaver o direito creditório, ingressou a empresa com ação de execução propondo intimação à União no valor do crédito de R\$32.482.827,76, cujos cálculos e forma de liquidação foram contestados por esta que apresentou Embargos a Execução (Parecer de fls. 56/60), que se encontra na fase de liquidação, sem trânsito em julgado (fls. 38/62).

Os débitos confessados na DCTF foram vinculados a créditos das ações nº 92.125-4 e a de nº 99.278-49, esta, analisada no processo 13502.000166/99-49 (Informação SACAT nº 014/2006), cujos valores foram extintos, remanescendo a cobrança da parcela dos débitos vinculados a ação 92.125-4 fls. 63/65), cujos débitos foram transferidos para o presente processo, ora em análise.

Tendo sido cientificada da Carta de Cobrança (11.68) em 24/11/2006 (AR de fl. 80), a interessada ingressou na Justiça com o Agravo de Instrumento no 2006.01.00.047525-5 (fls.85/104), e Mandado de Segurança 2006.33.00.019243-7 (17.81).

Na Decisão do Agravo de Instrumento 47525-5 (fls105/106), em 15/12/2006, o TRF da 1ª Região concedeu a antecipação da pretensão recursal para determinar a expedição da certidão positiva com efeito de negativa, considerando que apesar de o Fisco demonstrar ter conhecimento da compensação realizada pelo contribuinte, ainda que não lhe tivesse recusado formalmente homologação, o crédito constituído da empresa é da ordem de R\$21.806.831,40, enquanto o crédito da agravante passível de compensação é da ordem de R\$32.482.827,78, e que o §2º do art. 74 da Lei nº9.430, de 1996, na redação da Lei nº 10.637, de 2002, prevê que se recusada a compensação, cabe recurso a este ato, com efeito suspensivo, conforme dispõe o §11 do citado art. 74.

Posteriormente, em 24/01/2007 (fl.111), o mesmo Juiz relator, atendendo a pedido de reconsideração interposto pela União Federal, denegou antecipação da pretensão recursal concedida, haja vista reconhecimento de que partiu de uma premissa equivocada, de que a agravante foi impedida de apresentar manifestação de inconformidade prevista no §9º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, quando a alegação do agravo foi a de ocorrência de cerceamento de defesa por não conter na notificação para pagamento em 30 dias, o exercício do direito de defesa dentro do referido prazo.

Quanto ao Mandado de Segurança nº 19243-7 verifica-se que o MM Juiz Wilson Alves de Souza prolatou a sentença em 19/03/2007 (fls.127/129), após considerar que a impetrante buscou o amparo em sede de liminar para suspender a exigibilidade dos créditos tributários referidos no presente processo, 13502.720032/2006-10; provimento judicial que lhe assegurasse o direito líquido e certo ao prévio processo administrativo destinado a analisar a lisura da compensação com abertura de prazo para apresentação de manifestação de inconformidade e seus ulteriores desdobramentos até decisão final na esfera administrativa e nesse interregno, expedição da CND positiva com efeito de negativa, quanto aos créditos tributários ora exigidos.

Acrescentou ainda, que a empresa declarou que efetuou a compensação de créditos do Finsocial com os débitos da Cofins relativos aos períodos de 01/2002 a 03/2002, a qual não foi aceita pela SRF, tendo o Delegado da Receita Federal em Camaçari pugnado pela denegação da segurança alegando que a impugnante não atendeu as determinações contidas no artigo 14 da Instrução Normativa nº21/97, deixando inclusive de pleitear administrativamente a compensação.

Por fim, aceita a exclusão do Procurador Chefe da PGFN pólo passivo, para acatar o pedido da empresa nos seguintes termos:

CONCEDO a segurança para garantir a Impetrante o direito a ampla defesa e ao devido e ao prévio processo administrativo, garantindo o direito à obtenção de certidão positiva com efeito de negativa no que se refere ao débito em discussão até decisão final

no aludido procedimento administrativo (autos nº 13502.720032/2006-10).

Ciência ao Impetrado para cumprir imediatamente a presente sentença, uma vez que a sentença de mérito torna sem objeto o que esta decidido pelo TRF-1Tegicio, porque tal objeto se refere a agravo contra decisão liminar.

Diante do Ofício nº155/2007 expedido ao Delegado da Receita Federal em Camaçari e Procurador Chefe da PGFN (fl. 131), para cumprimento da sentença proferida no Mandado de Segurança (fls.230/232), a SACAT suscitou dúvida a respeito de qual tratamento deveria ser dado a petição da contribuinte de fls.139/157, haja vista que se por um lado constara na exordial o pleito para apresentação de Manifestação de Inconformidade, de outro, atos de cobrança em face de Representação por crédito lançado em DCTF não se encontram abarcados pela norma específica, art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996 e Decreto nº 70.235, de 1972, instâncias decisórias com efeitos e trâmites processuais distintos.

O Procurador no MEMO nº 469, de 10/04/2007, informa que interpôs recurso de Embargos Declaração para aclarar a sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal (fl.132 e 241/243). Contudo, em 17/04/2007, foi proferida decisão pela Juíza Substituta da 7ª Vara da Justiça Federal (fl.244) afirmando não haver nenhuma omissão no julgado, posto que o objeto da demanda não debatia o regime jurídico ao qual a autoridade administrativa deve obediência, e assim proferiu a decisão: "Do exposto, conheço dos embargos declaratórios, contra sentença de fls.280/282, para rejeitá-los."

Deste modo, tendo a SACAT entendido que a empresa tinha auferido tutela jurisdicional que lhe garantira a segurança para apresentação de manifestação de inconformidade (fls.139/157), propôs aceitação da tempestividade da manifestação, apesar de a ciência da Carta Cobrança de fl.80 ter se dado em 24/11/2006 e encaminhou os autos a esta DRJ para apreciação nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com o Decreto nº 70.235, de 1972.

A interessada fundamenta sua manifestação nos artigos 74 da Lei nº 9.430, de 1996 e art.48 da Instrução Normativa nº600, de 2005, contra despacho proferido em 17/11/2006, que indeferiu a compensação, para requerer a reconsideração da decisão proferida, em conformidade com o disposto no art.56 §1º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e, caso mantida a decisão, a remessa dos autos a DRJ competente, alegando que:

- Obteve reconhecimento judicial de direito líquido e certo transitado em julgado para restituir o Finsocial, recolhido na alíquota superior a 0,5%, nos autos da ação ordinária nº92.00.00125-4 (docs.04 a 06) e de efetuar compensação destes créditos com quaisquer tributos administrados pela SRF, após acórdão do STJ que lhe foi também favorável, com trânsito em julgado, conforme doc.07, razão pela qual procedeu a*

compensação amparada por decisão judicial transitada em julgado, estando atualmente o montante do crédito da recorrente em fase de Embargos de Execução;

- *A SRF discorda da compensação, e por isso, antes da instauração do devido procedimento administrativo, intimou a empresa ao pagamento dos valores que deixaram de ser recolhidos em virtude da compensação, sob pena de envio a PGFN e posterior cobrança judicial (doc.08);*

- *A empresa impetrou o Mandado de Segurança nº 2006.33.00.019243- 7 visando ver reconhecido o direito líquido e certo ao prévio processo administrativo destinado a analisar a lisura da compensação dos créditos apurados no processo 13502.720032/2006-10, abertura do prazo para apresentação de manifestação de inconformidade e seus ulteriores desdobramentos até decisão final administrativa, garantia de obtenção de certidão positiva de débito com efeito de negativa (doc.09);*

- *O MM Juiz proferiu sentença concedendo a segurança (doc.10) publicada em 28/03/2007 (doc.11), pelo que torna a presente manifestação de inconformidade apresentada tempestiva, assim garantindo o direito de defesa que lhe permite demonstrar a legalidade da compensação efetuada, que esta devidamente registrada nos seus lançamentos contábeis (doc.12);*

- *Ao invés de informar na DCTF do 1º trimestre/2002 que os débitos de Cofins tinham sido compensados com créditos do Finsocial reconhecidos na ação judicial 92.000125-4, informou por mero equívoco, que estes estavam suspensos pela mesma ação, tendo retificado a DCTF (doc.13);*

- *A compensação efetivada pela contribuinte, Finsocial com Cofins, independia de prévio pedido a ser submetido ao crivo da SRF conforme se deflui do disposto no art. 14 da Instrução normativa nº 21/97, e jurisprudência administrativa, que transcreve, e conforme IN nº 32/97, sequer seria necessário recorrer a esfera administrativa ou judicial para obter o reconhecimento do seu crédito, bastava independente do pedido, efetuar a compensação, conforme convalidação permitida pelo art. 2º;*

- *A PGFN também se manifestou acerca da validade das compensações efetuada pelo contribuinte, no âmbito do lançamento por homologação, Finsocial com Cofins, através do Ato Declaratório nº 01/2002, que transcreve, ou seja, o contribuinte poderia compensar Finsocial com Cofins, independente de prévio pedido administrativo e judicial, ficando a análise dos valores pendente de homologação expressa ou tácita da SRF, como ocorre nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação;*

- *Cumpriria a SRF analisar a compensação e discordando do seu valor de crédito proceder ao competente lançamento de ofício e não desconsiderar a compensação legalmente realizada;*

- *O direito à compensação de Finsocial com Cofins independe de prévio pedido administrativo ou judicial, bastando registro contábil para atendimento da legislação e garantia do direito, mas fez mais, ajuizou ação ordinária nº 92.00.00125-4 que lhe garantiu o direito de restituição com transito em julgado e posteriormente através do RESP 200.577/BA o direito de compensação dos seus créditos, na forma que transcreve;*
- *Apesar de a SRF entender que não pode o título executivo ser aproveitado para fins de compensação porquanto não tem pressupostos de validade completos: liquidez, certeza e exigibilidade, o Ministro do STJ relator do voto no RESP 200.577/BA ressalta que aquela corte tem firmado entendimento no sentido de que a compensação efetuada pelo contribuinte não necessita de certeza e liquidez do crédito por ser efetuada no âmbito do lançamento por homologação, visto que o controle da liquidez do crédito a favor do sujeito passivo se dará a posteriori, conforme trecho da sentença dos autos do MS 2006.33.00.019243-7,*
- *Ou seja, exigir do impetrante o requerimento da compensação é ignorar por completo as decisões judiciais cumprindo a SRF apurar o montante dos créditos da recorrente e a compensação efetuada para homologá-la, mas jamais analisar o direito desta à compensação, que já foi objeto de decisão judicial, em relação a qual não cabe nenhum recurso e que deve ser cumprida;*
- *Requer a reforma da decisão de primeira instância para fim de ser analisada e homologada a compensação efetuada.*

Consta as fls.245/246 o encaminhamento dos autos a DRJ para análise da petição da interessada com manifestação de inconformidade."

Por meio do Acórdão nº 15-13.151, de 17 de julho de 2007, os Membros da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Salvador/BA, por unanimidade de votos, votaram por não conhecer da manifestação de inconformidade, tendo em vista que a matéria está sendo discutida na via judicial. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002

ADMINISTRATIVO. CONCOMITÂNCIA. COMPENSAÇÃO DE FINSOCIAL COM A COFINS

A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário acarreta a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade administrativa a quem caberia o julgamento, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política.

DCTF. COBRANÇA DE DÉBITOS. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. POSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA

Considera-se manifestação de inconformidade a petição apresentada pela empresa, em face de tutela jurisdicional que lhe garante o direito ao prévio processo administrativo e determina a suspensão dos débitos confessados em DCTF que foram enviados para cobrança amigável.

Impugnação não conhecida

A interessada, inconformada com a decisão prolatada pela DRJ, apresenta recurso, no qual, em apertada síntese, se insurge: (i) contra a inaplicabilidade do Ato Declaratório Normativo nº 03/1996 (renúncia administrativa); (ii) da inexistência de identidade entre os processos judicial e o administrativo; (iii) da ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Pede ao final a anulação do acórdão recorrido, de forma a que sejam apreciadas as questões de mérito, homologando-se assim a compensação realizada.

Em seguida, o presente processo foi distribuído ao 2º Conselho de Contribuintes, que por sua vez, declinou competência ao 3º Conselho, com base no art.22, XVI, c/c art.23, §1º do Regimento Interno dos Conselho de Contribuintes.

Passo seguinte, em 14/10/2008 foi o processo distribuído a este Conselheiro, para análise e parecer.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro HEROLDES BAHR NETO, Relator

Satisfeitos estão os requisitos viabilizadores de admissibilidade deste recurso, razão pela qual deve ser ele conhecido por tempestivo.

Trata o processo de cobrança dos débitos tributários de Cofins dos períodos de apuração de janeiro, fevereiro e março de 2002, que se encontram confessados em DCTF e que estavam na situação de “suspensos pela ação judicial nº 92.00.00125-4”.

Cumprе destacar que a questão diz respeito à compensação procedida pela Recorrente entre os tributos Finsocial e Cofins (relativa 1º trimestre de 2002), autorizada por decisão judicial transitada em julgado. No entanto, a Contribuinte, por equívoco, ao invés de informar na DCTF do 1º trimestre/2002 que os débitos de Cofins tinham sido compensados com créditos do Finsocial reconhecidos na ação judicial nº 92.00.00125-4, informou que eles estavam suspensos pela mesma, vindo a retificar a informação tão logo obteve ciência do fato, conforme fls.235/240, fazendo constar, portanto, que o débito da Cofins havia sido compensado com créditos de Finsocial reconhecidos na ação ordinária nº 92.000125-4.

Assim, em síntese, amparada por decisão judicial transitada em julgado, a Recorrente operou a compensação do seu crédito de Finsocial com débitos da Cofins referentes aos períodos de janeiro a março de 2002, no entanto, se equivocou quanto às informações prestadas na DCTF respectiva, fato este que originou a representação exarada pela DRF/Camaçari (BA), em 17/11/2006, que, por sua vez, alegou haver irregularidades nas

informações prestadas em DCTF referente aos créditos de Cofins referidos acima (fls.01 a 03), procedendo à cobrança (fls.67/70), cientificando a Contribuinte em 24/11/2006 (fl.80), do pagamento do valor de R\$ 43.778.004,30 com vencimento em 30/11/2006 (fls.70).

Dessa forma, alega a Recorrente que, uma vez que não concordou com a compensação, a DRF-Camaçari deveria ter instaurado o processo administrativo para discussão da matéria, e não tê-la intimado a efetuar o pagamento dos valores que deixaram de ser recolhidos a título de Cofins, tendo em vista que não se tratam de débitos confessados e não pagos, mas sim de créditos tributários extintos através de compensação não-homologada.

Para tanto, impetrou Mandado de Segurança (fls.209/229), onde lhe foi concedida ordem para apresentação de manifestação de inconformidade e ulteriores defesas até o final do processo administrativo (fls.230/232).

Passo seguinte, a DRJ-Salvador (BA) não conheceu da manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente alegando que, tendo em vista que a matéria está sendo discutida na via judicial, houve renúncia à instância administrativa (fls.247/255).

No entanto, impende assinalar que no caso em tela **não há concomitância entre a discussão da matéria na via judicial e na via administrativa**, tampouco importando em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, conforme entendimento reiteradamente firmado neste Conselho de Contribuintes, conforme será demonstrado abaixo.

Primeiramente, em relação à época dos fatos, vale ressaltar que já há o reconhecimento judicial do direito aos créditos de Finsocial, bem como, à sua restituição através de compensação (fls.12/19 e 28/37) desde **15/08/1994 e 01/09/1999**, respectivamente. Já a compensação na via administrativa, por outro lado, se deu através da DCTF relativa ao 1º trimestre de **2002** (fls.234/240).

Portanto, no tocante à concomitância referente ao tempo dos fatos, definitivamente restou comprovado que a mesma não existe, pois como discorrido acima, o pedido da Recorrente na esfera judicial foi reconhecido tempos antes de seu ingresso na esfera administrativa.

Nesse sentido, enuncia a ementa da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes:

FINSOCIAL. CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO E ADMINISTRATIVA. A existência de ação judicial transitada em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade da majoração da alíquota de 0,5% do FINSOCIAL, bem como a condenação para a União Federal devolver o excedente recolhido a maior dessa alíquota, **anteriormente** ao pedido de compensação formulado perante a SRF, **não caracteriza concomitância de ações nas esferas judicial e administrativa com o mesmo objeto, demandadas pelo mesmo postulante.** **PRELIMINAR ACOLHIDA. (Recurso nº 129435, Segunda Câmara – Terceiro Conselho de Contribuintes).(grifo nosso)**

No mesmo sentido, a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes:

FINSOCIAL. CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO E ADMINISTRATIVA.

A execução de sentença judicial transitada em julgado, em razão de ação ordinária de restituição de indébito que declarou a inconstitucionalidade da majoração da alíquota de 0,5 % (meio por cento) do FINSOCIAL, e ainda sentença em Mandado de Segurança que assegurou o direito de compensação, **ajuizados em datas anteriores** ao pedido de compensação formulado perante a Secretaria da Receita Federal, **não caracteriza concomitância de ações na esfera judicial e administrativa.**

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Recurso nº 127698, Primeira Câmara - Terceiro Conselho de Contribuintes). **(grifo nosso)**

Portanto, tendo em vista as datas mencionadas acima, não houve concomitância entre as esferas no tocante ao aspecto temporal.

Ainda, em relação à questão de concomitância, mas agora no tocante ao objeto das demandas judicial e administrativa, impende registrar que a mesma também não ocorreu, tendo em vista que o objeto de cada demanda é diverso, senão vejamos:

Em sede judicial :

- na Ação Ordinária nº 92.00.00125-4 e Resp 200.577/BA, a Recorrente buscou e obteve o **reconhecimento do direito à restituição (mediante compensação) de Finsocial recolhida com alíquota superior a 0,5% ;**

- na Ação de Execução nº 92.125-4 e nos Embargos à Execução, o objeto é o **cumprimento da obrigação** imposta pela ação ordinária, dizendo respeito à discussão à **quantificação** do crédito deferido judicialmente;

- e o Mandado de Segurança, cujo objeto limitou-se à questão do exercício do **direito de defesa junto à esfera administrativa** (garantia da abertura de prazo para a manifestação de inconformidade e demais defesas da via administrativa).

Já na esfera administrativa: a questão é delimitada à verificação da lisura do procedimento compensatório, afim de se efetuar ou não a **homologação da compensação** dos débitos da Cofins com os créditos reconhecidos de Finsocial.

Nesse sentido entende a Primeira Câmara deste

Conselho :

NORMAS PROCESSUAIS. CONCOMITÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Inexistindo identidade de objetos nos processos em trâmite na esfera administrativa e perante o poder Judiciário, **não há que se falar em concomitância** de ações, para efeito de declarar a renúncia a sua discussão na esfera administrativa..
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.(Recurso nº 130075,

Primeira Câmara – Terceiro Conselho de Contribuintes) (**grifo nosso**)

Tendo em vista a análise dos objetos de cada demanda judicial e da demanda na via administrativa, bem como, considerando o entendimento firmado reiteradamente neste Conselho, restou demonstrado que a matéria não configura concomitância, e dessa forma, prejudicada está a tese de renúncia da via administrativa pela Contribuinte.

Em inocorrendo a concomitância das esferas, determina-se o retorno dos autos para que sejam julgadas as questões suscitadas pela defesa, conforme o entendimento desta Câmara:

FINSOCIAL. AUSÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA. Tendo em vista que **não há concomitância** entre as esferas judicial e administrativa, determino o **retorno dos autos** à Delegacia de origem, para que as demais **questões de mérito** suscitadas pelo contribuinte possam ser **apreciadas**, sob pena de supressão de instância administrativa. (Recurso nº 128146, Terceira Câmara - Terceiro Conselho de Contribuintes) (**grifo nosso**)

Diante de todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, para fins de acatar a preliminar de inexistência de concomitância, determinando a remessa dos autos à DRJ para apreciação das demais questões suscitadas pela defesa.

Sala das Sessões, em 26 de março de 2009.

HEROLDES BAHR NETO - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto – redator designado ad hoc

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A decisão recorrida julgou não conhecida a peça impugnatória devido a concomitância com objeto ação de execução de sentença.

A recorrente sustenta a nulidade desta decisão, entendendo que o acórdão deveria ter enfrentado as questões de mérito.

Necessário, portanto, definir a existência ou não de concomitância entre os processos administrativo e judicial, para determinar a possibilidade de julgamento administrativo das questões propostas pela recorrente.

A peça impugnatória apresentada pela recorrente limita-se a sustentar o seu direito a compensação do Finsocial com a COFINS, independente de prévio pedido administrativo ou judicial, mesmo que ainda ilíquido seu crédito.

Tais questões foram submetidas ao Poder Judiciário por meio de ação declaratória cumulada com repetição de indébito (Processo nº 92.00.00125-4), já transitada em julgado, bem como na Ação de Execução nº 92.125-4 e nos Embargos à Execução, ainda sem decisão definitiva. Consta-se, desta forma, que as demandas administrativa e judicial mostraram-se idênticas.

Assim sendo, verificada a concomitância entre a discussão travada nestes autos e a matéria levada ao Poder Judiciário, a situação em tela enquadra-se na regra estabelecida pelo parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80:

Art. 38 A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. (grifo nosso)

Observe-se que a norma acima afirma que a simples propositura de ação judicial já importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa, independentemente da ação judicial ter se encerrado, inclusive com ou sem decisão de mérito.

Em relação ao conteúdo desse dispositivo legal, Leandro Paulsen, René Bergmann e Ingrid Schroder ainda esclarecem:

O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. Considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa mas que a esfera judicial prevalece sobre a administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. A opção pela discussão judicial, antes do exaurimento da esfera administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito, o Judiciário. Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial". (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka. Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 447 e 448).

De fato, se o sujeito passivo alega que recorreu ao Poder Judiciário, por uma questão de lógica, ele está desistindo tacitamente da esfera administrativa, visto que a decisão do Poder Judiciário é soberana.

Eventuais decisões antagônicas, nas esferas administrativa e judicial, teriam uma única solução, qual seja, prevaleceria a da esfera judicial, em razão do princípio constitucional da jurisdição única, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Destarte, não faz sentido a continuação da discussão no âmbito administrativo, pois o mérito da questão já foi decidido pelo Poder Judiciário com efeito de coisa julgada.

Corroborando esta teoria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do recurso especial nº 840.556, assim se pronunciou:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA.AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

1. Incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial. 2.(...) 3. In casu, os mandados de segurança preventivos, impetrados com a finalidade de recolher o imposto a menor, e evitar que o fisco efetue o lançamento a maior, comporta o objeto da ação anulatória do lançamento na via administrativa, guardando relação de excludência.4. Destarte, há nítido reflexo entre o objeto do mandamus – tutelar o direito da contribuinte de recolher o tributo a menor (pedido imediato) e evitar que o fisco efetue o lançamento sem o devido desconto (pedido mediato) com aquele apresentado na esfera administrativa, qual seja, anular o lançamento efetuado a maior(pedido imediato) e reconhecer o direito da contribuinte em recolher o tributo a menor (pedido mediato).5. Originárias de uma mesma relação jurídica de direito material, despicienda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjuga-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional. (...) (STJ, REsp 840556/AM, DJ 20/11/2006) (grifo nosso)

Em conclusão, tendo a recorrente optado pela discussão na via judicial, a mesma renunciou ao direito de discutir a mesma matéria na via administrativa.

Correta, portanto, a decisão recorrida ao não conhecer da manifestação de inconformidade apresentada.

Por fim, esclarece-se que este órgão administrativo não tem competência para se pronunciar sobre a constitucionalidade de diplomas legislativos.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão recorrida.

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto – Redator designado ad hoc

Processo nº 13502.720032/2006-10
Acórdão n.º **3201-000.042**

S3-C2T1
Fl. 353



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO em 07/01/2014 09:34:00.

Documento autenticado digitalmente por CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO em 07/01/2014.

Documento assinado digitalmente por: CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO em 07/01/2014.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 23/10/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP23.1019.14586.I4K2

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

5AA0ED5334DC519813210653B1EB861FF8D4B140