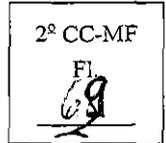




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13603.002133/2003-24
Recurso nº : 127.099
Acórdão nº : 204-00.308

Recorrente : ESAB S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

**NORMAS PROCESSUAIS. RESTITUIÇÃO
COMPENSAÇÃO. EFEITOS ANTES DO TRÂNSITO EM
JULGADO. EXTINÇÃO.**

Impossível utilização de compensação mediante o aproveitamento de valores, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, como forma de extinção do crédito tributário.

**CONCOMITÂNCIA NA ESFERA JUDICIAL E
ADMINISTRATIVA.**

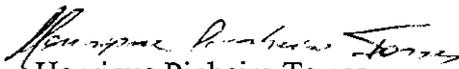
Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não pode a instância administrativa se manifestar acerca do mérito, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Magna.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
ESAB S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento recurso.**

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2005.


Henrique Pinheiro Torres

Presidente


Rodrigo Bernardes de Carvalho

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.

Imp/fclb



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

10
8

Processo nº : 13603.002133/2003-24

Recurso nº : 127.099

Acórdão nº : 204-00.308

Recorrente : ESAB S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO

RELATÓRIO

Com vistas a uma apresentação sistemática e abrangente deste feito sirvo-me do relatório contido na decisão recorrida:

Em julgamento a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte em decorrência da não-homologação de pedido de compensação formulado nos termos da Lei nº 10.637/2002, alterada pela Medida Provisória nº 135/2003, convertida esta na Lei nº 10.833/2003.

A opção da delegacia de origem pela não-homologação se deu nos termos do art. 37 da Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, que veda a compensação lastreada em créditos cuja legitimidade esteja a depender de provimento judicial em ação cujo trânsito em julgado ainda não tenha ocorrido.

Insurgiu-se a interessada contra os termos do despacho da DRF-CONTAGEM da forma seguinte:

"(...)

... fica evidente o reconhecimento do direito do contribuinte ao creditamento do IPI resultante da aquisição de matérias-primas com isenção ou alíquota zero e conseqüentemente o direito à compensação do que foi indevidamente recolhido, com o próprio IPI e também com os demais tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Como a SRF somente passou a autorizar a compensação de tais créditos com edição da Lei nº 9.779/99, embora o princípio da não-cumulatividade estivesse esculpido na Constituição Federal de 1988, a empresa impetrou mandado de segurança visando o reconhecimento desses créditos no período dos últimos dez anos.

Deve-se ressaltar que as compensações efetuadas pela empresa não foram homologadas devido à falta de trânsito em julgado da decisão, mas sequer foi verificado se o contribuinte tem ou não direito ao referido crédito, apesar do Fiscal ter feito profunda e demorada análise nos livros e documentos da empresa, e principalmente apesar da SRF reconhecer esse crédito a partir de 1999.

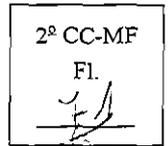
Deve-se lembrar que o art. 74, §11, da Lei nº 9.430/96, alterado pela Lei 10.637/02 e pela MP 135 é claro ao afirmar que a manifestação de inconformidade e o recurso obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235/72 e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 do CTN.

Ressalta-se que enquanto perdurar a causa da suspensão da exigibilidade, o crédito tributário é desprovido de certeza, liquidez e exigibilidade, não podendo a Fazenda promover qualquer ato tendente a cobrar esse crédito.

10/2



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13603.002133/2003-24
Recurso nº : 127.099
Acórdão nº : 204-00.308

(...)

Por todo o exposto, REQUER A HOMOLOGAÇÃO da compensação declarada pela empresa petionária na Declaração de Compensação de 03/06/2003.

Requer ainda a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto da referida compensação, conforme a fundamentação apresentada.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se pelo indeferimento da solicitação sob os mesmos argumentos da DRF em Contagem – ausência do transito em julgado da ação judicial.

Irresignada com o teor do acórdão, a recorrente lançou mão do presente recurso voluntário, oportunidade em que reiterou os argumentos expendidos por ocasião de sua manifestação de inconformidade.

Este é o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

12

Processo nº : 13603.002133/2003-24
Recurso nº : 127.099
Acórdão nº : 204-00.308

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR
RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO

O recurso atende aos requisitos para sua admissibilidade, razão porque dele conheço.

Inicialmente, vale mencionar que a hipótese dos autos já foi analisada por esta Câmara, em sessão de julgamento do mês passado em recurso voluntário aviado pela própria recorrente. Na oportunidade, o voto da lavra da Ilustre Conselheira Nayra Bastos Manatta foi acompanhado à unanimidade e vazado nos seguintes termos:

No que concerne ao creditamento dos valores referentes ao IPI relativos à aquisição de insumos isentos, ou de alíquota zero, verifica-se que a recorrente ingressou na esfera judicial com ação de Mandado de Segurança nº 2002.38.00.046534-0, por meio do qual deseja ver reconhecida sua pretensão de fazer uso de supostos créditos de IPI oriundos da aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem isentos ou tributados à alíquota zero.

A ação judicial interposta ainda não teve o seu trânsito em julgado.

Verifica-se, portanto que não existe decisão judicial definitiva a amparar as pretensões da recorrente, por consequência os créditos a serem objeto da compensação não se encontram revestidos da certeza e liquidez necessárias.

Em virtude disso, não se poderia cogitar de compensação aperfeiçoada, neste estágio processual. A compensação, a teor do art. 156, inciso II do CTN, constitui uma forma de extinção do crédito tributário. Por sua vez, a extinção ou é definitiva ou inexistente, pois extinção provisória significa uma incompatibilidade lógica irreconciliável.

No caso, os créditos que a contribuinte alega possuir em seu favor não são líquidos e certos, uma vez que ainda dependem de confirmação por parte do Judiciário.

Como não há compensação provisória, vez que extinção ainda instável, ou seja, sujeita a modificação, não é extinção, não se poderia autorizar a compensação de débitos com créditos ainda incertos.

Ademais disto o art. 170-A do CTN veda expressamente a compensação mediante o aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial antes do trânsito em julgado da ação:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Neste esteio é que se encontra inserido o art. 37 da IN SRF nº 210/02:

Art. 37. É vedada a restituição, o ressarcimento e a compensação de crédito do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional, objeto de discussão judicial, antes do trânsito em julgado da decisão em que for reconhecido o direito creditório do sujeito passivo.

§ 1º A autoridade da SRF competente para dar cumprimento à decisão judicial de que trata o caput poderá requerer ao sujeito passivo, como condição para a efetivação da



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

13

Processo nº : 13603.002133/2003-24
Recurso nº : 127.099
Acórdão nº : 204-00.308

restituição, do ressarcimento ou da compensação, que lhe seja encaminhada cópia do inteiro teor da decisão judicial em que seu direito creditório foi reconhecido.

§ 2º Na hipótese de título judicial em fase de execução, a restituição ou o ressarcimento somente será efetuado pela SRF se o requerente comprovar a desistência da execução do título judicial perante o Poder Judiciário e a assunção de todas as custas do processo de execução, inclusive os honorários advocatícios.

§ 3º Não poderão ser objeto de restituição ou de ressarcimento os créditos relativos a títulos judiciais já executados perante o Poder Judiciário, com ou sem emissão de precatório.

§ 4º A compensação de créditos reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado com débitos do sujeito passivo relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF dar-se-á na forma disposta nesta Instrução Normativa, caso a decisão judicial não disponha sobre a compensação dos créditos do sujeito passivo.

No que diz respeito ao fato de a SRF reconhecer, a partir da Lei nº 9.779/99 a existência de tais créditos é de se observar que, embora com a existência da lei, a contribuinte ingressou com ação judicial própria.

Havendo ação judicial tratando da matéria, não cabe manifestação da autoridade Administrativa em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988, segundo o qual a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Ademais, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como comprova o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato

15



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

Processo nº : 13603.002133/2003-24
Recurso nº : 127.099
Acórdão nº : 204-00.308

administrativo; *AUTÔNOMA*, porque a parte não está obrigada a percorrer às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim. (Grifos do original).

Cabe ainda citar o Parecer PGFN nº 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

29. Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN n. 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos n. 02-02.098, de 13.12.98, 01-02.127, de 17.3.97, e 03-03.029, de 12.4.99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 2.6.98, 101-92.190, de 15.7.98, 103-18.091, de 14.11.96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente arguição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular.

30. Voltando ao tema do procedimento a adotar nos casos enunciados no item 28, preliminarmente anotamos que não nos parece existir qualquer distinção entre a ocorrência destas situações antes ou após o trânsito em julgado da decisão judicial menos favorável ao contribuinte, pois sendo a decisão administrativa imediatamente executável e mandatória à administração (art. 42, inciso II, do Decreto nº 70.235/72) – enquanto a decisão judicial será apenas declaratória dos interesses da Fazenda Nacional –, a situação de impasse se instalará qualquer que seja a posição processual do trâmite judicial.

31. No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

45
6

Processo nº : 13603.002133/2003-24
Recurso nº : 127.099
Acórdão nº : 204-00.308

aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela deduzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União; em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições.

32. *Naquelas ocorrências onde estas cautelas não são possíveis ou não atingem os efeitos almejados, temos que analisar o tema sobre duas óticas diversas: o primeiro, da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário; o segundo, da revisibilidade da decisão administrativa e dos procedimentos à realização deste intento.*

33. *Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do iudicium, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!). É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo.*

34. *Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto nº 70.235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições tout court) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso.*

Correto portanto, a decisão que não concedeu quaisquer créditos do IPI decorrentes da aquisição de matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem isentos ou tributados à alíquota zero, uma vez que a contribuinte buscou na tutela judicial o amparo para tal direito.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

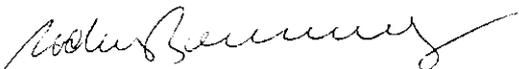
Fl.

76

Processo nº : 13603.002133/2003-24
Recurso nº : 127.099
Acórdão nº : 204-00.308

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2005


RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO //