



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA



Processo nº : 13707.001012/97-70
Recurso nº : 134.140
Sessão de : 05 de dezembro de 2007
Recorrente : VEJA VEÍCULOS JACAREPAGUÁ LTDA.
Recorrida : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.389

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, tomar conhecimento do recurso voluntário. Por maioria de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do redator. Vencido o Conselheiro Marciel Eder Costa, Relator, que deu provimento ao recurso voluntário. Designado para redigir o voto o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro.

ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente

LUIS MARCÉLO GUERRA DE CASTRO
Redator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Zenaldo Loibman. Ausente momentaneamente o Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza.

DM

Processo nº : 13707.001012/97-70
Resolução nº : 303-01.389

211
y

RELATÓRIO

Pela clareza das informações prestadas, adoto o relatório (fls.146-147) proferido pela DRJ- RIO DE JANEIRO/RJ, o qual passo a transcrevê-lo:

“A empresa acima identificada apresentou manifestação de inconformidade (fls.68/72) contra o despacho decisório da DERAT/RJO (fls.65/66), que indeferiu pedido de restituição das parcelas da contribuição para FINSOCIAL no que excedeu a alíquota de 0,5% (meio por cento), pertinentes ao período setembro de 1989 a março de 1991, bem como sua compensação com outros débitos tributários.

O despacho decisório da DERAT/RJO indeferiu a solicitação do contribuinte, em síntese, devido a concomitância entre o pedido administrativo e ação judicial de mesmo objeto, sem que haja desistência da execução na esfera judicial, devidamente formalizada.

O interessado contesta o despacho decisório que indeferiu seu pleito argumentando, em síntese que:

1) A recorrente através de ação ordinária de repetição de indébito fiscal, que se processa na 1ª Vara Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, objeto do processo nº 91.0133035-7, obteve decisão favorável no sentido de lhe ser deferida a restituição de todos os valores recolhidos a título de FINSOCIAL, cuja cobrança tenha excedido a 0,5% do valor cobrado pela União Federal;

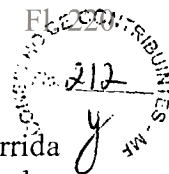
2) Transitada em julgado a decisão, a Recorrente preparou a liquidação da sentença oferecendo os seus cálculos, os quais foram embargados pela União, sob o fundamento de extrapolar o que realmente seria devido, ensejando os embargos originários do processo nº 97.0111512-0, que segue apensado ao de nº 91.0133035-7;

3) Ao requerer compensação administrativa com base no processo judicial, na Lei nº 8.383/91, nas Instruções Normativas nº 67/92, 21/97 e 32/97 e, sobretudo nas Leis nºs 8.981/95, 9.065/95 e 9.430/96, que autorizaram as empresas a proceder a compensação independentemente de homologação por parte da autoridade administrativa, à qual tão-somente cabe verificar se o montante da compensação está de acordo com o valor recolhido indevidamente;

4) Ademais, a requerente compensou apenas o valor de R\$300.000,00 bem inferior ao que está em discussão no processo judicial mencionado;



Processo nº : 13707.001012/97-70
Resolução nº : 303-01.389



5) Portanto, os fundamentos na decisão administrativa ora recorrida caem por terra, principalmente quando, ainda, se discute no processo judicial que deu origem à repetição do indébito e da compensação, o valor real que a União aceite;

6) Ora, a decisão de mérito já transitou em julgado. A decisão que determina a validade dos cálculos que resultarão no valor a ser repetido ou compensado, ainda não foi proferida. Logo não se tem até a presente data o valor que se poderá compensar ou ser repetido;

7) Se a Recorrente desistisse do prosseguimento da apuração dos valores a serem repetidos ou compensados, na fase de liquidação de mérito, e se aceitasse o valor proposta pela União que é bem inferior, teria prejudicado o seu direito;

8) O que a recorrente pretende na liquidação da sentença de mérito é a apuração do valor final a ser repetido ou compensado. Muito embora, parte já esteja compensado conforme da conta o presente processo administrativo;

9) Mas não é só isso, a Lei nº 9.430/96 e as Instruções Normativas SRF nºs 21 e 32/97 já permitiam a compensação de valores de tributos da mesma natureza sem que fosse necessária a homologação ou aprovação da Autoridade Administrativa. Cabia apenas verificar se o valor compensado representava o valor que fora recolhido indevidamente e que administrativa ou judicialmente assim houvera sido declarado. Nada mais. Convalidaria ou não. Nesse sentido preceitua o art.2º da IN-SRF nº 32/97 que regulamentava a forma de compensação à época. Portanto, a decisão fere a lei e extrapola, devendo ser reformada por força desse impugnação;

10) Finalmente, confia e espera a Recorrente que V. Exa. após examinar os termos do presente recurso, a documentação, o texto das leis, das instruções normativas e da jurisprudência dos Tribunais, reforme a decisão recorrida para convalidar o pedido de compensação já realizado, pois no processo judicial que deu origem ao valor que foi compensado não se pretende promover a execução, mas apenas apurar o valor final do crédito.”

Cientificada (fl.134) da decisão de fls.144-150, a qual julgou indeferiu a solicitação, a empresa Contribuinte apresentou Recurso Voluntário e documentos (fls.155-198) em 19 de outubro de 2005, reiterando, em apertada síntese, os argumentos acima expostos.

Apesar de a Recorrente ter procedido o arrolamento de fl.169, em razão do Ato Declaratório Interpretativo da Receita Federal do Brasil nº 9, de 05 de junho de 2007 (DOU de 06/06/2007), afasta-se a exigência da garantia recursal.

Pela Resolução nº 303-01.293, baixaram os autos à instância inicial, a fim de comprovar a tempestividade do Recurso Voluntário apresentado. Resposta à fls.208-209.

É o relatório.

Processo nº : 13707.001012/97-70
Resolução nº : 303-01.389



VOTO VENCIDO

Conselheiro MARCIEL EDER COSTA, Relator

Tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário, por ser tempestivo e por tratar de matéria da competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Com relação à tempestividade do recurso apresentado, objeto da diligência ordenada pela Resolução nº 303-01.293 (fls.204-205), não sendo possível comprovar a data exata (fl.134) do recebimento da intimação (informação de fls.208-209), deve ser usada, por analogia, a regra do art. 23, §2º, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972. Considero, assim, o mesmo tempestivo.

Com relação ao mérito, restou provado que a empresa Contribuinte logrou êxito em ação judicial transitada em julgado, como se constata pelos documentos de fls.40-57, 78-91, 92-121, 128-135 dos autos.

Em pesquisa realizada no *site* do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres>), cujos documentos ora se anexa, constatou-se também que já transitou em julgado o recurso de Apelação que discutia o valor do crédito do ora Contribuinte, bem como não há andamento processual mencionando execução de sentença.

Destarte, a ação a qual a Contribuinte logrou êxito é de conhecimento, sendo que esta difere da execução. A primeira visa constituir ou declarar um direito, enquanto que a segunda, de execução, visa realizar este direito constituído ou declarado na ação de conhecimento.

Há uma diferenciação clara da Ação de Repetição de Indébito para a ação executiva. Nas palavras de Plácido e Silva a primeira consiste “*na ação para que se peça a restituição do que se pagou indevidamente*”, enquanto que a segunda “*é a ação de rito processual expedito, exercida diante da existência de dívida líquida e certa, decorrente do próprio título ou obrigação com esse prestígio, em virtude de preceito legal*.”

Na repetição de indébito pede ao judiciário que confirme a improcedência do pagamento realizado e declare o seu direito de receber o que pagou a maior. Enquanto na ação de execução, diante de um direito líquido e certo, requer a realização imediata do mesmo.

Processo nº : 13707.001012/97-70
Resolução nº : 303-01.389

214
y

A execução, pode ocorrer no âmbito judicial ou administrativo, cabendo ao Contribuinte optar pela via que lhe convir, ou exclusivamente judicial, caso a fazenda lhe negue a pretensão na via administrativa.

Na hipótese de o Contribuinte optar pela execução em âmbito administrativo, descabida é a prova da inexistência da execução pela via judicial, pois, esta se constitui em prova negativa, não cabível ao caso em tela.

De igual sorte, não pode o contribuinte provar a homologação desistência da ação de execução judicial, sem sequer a tê-la impetrada. A exigência do §1º do artigo 17º, da IN/SRF 21 de 1997, se aplica aos casos de “título judicial em fase de execução”, se o contribuinte não ingressou com a execução em fase judicial, não há porque ingressar para posteriormente desistir, arcando com custas e honorários. Descabida é a interpretação que leva a exigir tal conduta.

Também não há de se falar em concomitância, pois, o pedido administrativo em tela possui o seu respaldo jurídico nas ações de conhecimento transitadas em julgado. Portanto, não há duplicidade de pleitos.

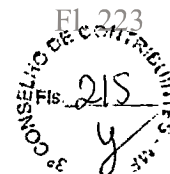
Face ao exposto, tomo conhecimento do recurso relativo à compensação do Finsocial (fls.01 e 37), e voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário, autorizando a compensação nos termos em que fora concedido pelo poder judiciário.

É como eu voto.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2007.

MARCIEL EDER COSTA – Relator.

Processo nº : 13707.001012/97-70
Resolução nº : 303-01.389



VOTO VENCEDOR

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Redator

Conforme se verifica da leitura dos autos, a matéria controvertida cinge-se à legalidade das exigências formuladas para a restituição ou compensação administrativa de tributos cuja cobrança foi declarada ilegal em sede de ação judicial.

Ousando discordar das judiciosas ponderações apresentadas pelo i. relator, não vejo ilegalidade na conduta do Fisco de condicionar a efetivação daqueles pedidos à prova da inexistência de ação de execução contra a Fazenda Nacional, que tenha como objeto o recebimento, naquela via, do montante que se pretende restituir ou compensar.

Em primeiro lugar, tanto o art. 170 do Código Tributário Nacional, quanto o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996 atribuem à Secretaria da Receita Federal poder para disciplinar o procedimento de compensação.

Senão vejamos:

Diz o art. 170 do Código Tributário Nacional:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

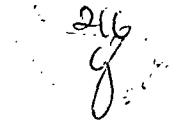
Na sua redação original, fixou o art. 74 da Lei nº 9.430:

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

De se verificar que, a interpretação deste Redator designado guarda conformidade com a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, reiteradamente, tem decidido pela legalidade das restrições.

Veja-se, a respeito, os REsp 640031 / SC e 677874 / PR, ambos relatados pela Ministra Eliana Calmon, DJ de 19/12/2005 e 24/04/2006, respectivamente, e o recente REsp 653553 / MG, relatado pela Ministra Denise Arruda, DJ de 13/09/2007, todos unânicos.

Processo nº : 13707.001012/97-70
Resolução nº : 303-01.389



Apenas à guisa de exemplo, transcrevo ementa do acórdão mais recente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DO SUJEITO PASSIVO COM DÉBITOS DE TERCEIROS.

1.

2. Não obstante não haja no art. 170 do CTN e no art. 66 da Lei 8.383/91 óbice para que se efetue a compensação de créditos com débitos de terceiros, não se mostra plausível a alegação no sentido de que esses dispositivos asseguram tal direito. Por outro lado, a autorização prevista na antiga redação do art. 74 da Lei 9.430/96 sujeita-se ao poder discricionário da Secretaria da Receita Federal, que, segundo critérios de oportunidade e conveniência, "poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele [contribuinte] restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

Nesse sentido: REsp 640.031/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.12.2005.

3. Assim, é imperioso concluir que não há ilegalidade na vedação contida no art. 1º da Instrução Normativa 41/2000 da SRF, porquanto amparada no art. 74 da Lei 9.430/96 (redação vigente à época da impetração)..."

Note-se que apesar da alteração do art. 74 pela Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 2002 a regra de delegação foi replicada:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 5º A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo.



Processo nº : 13707.001012/97-70
Resolução nº : 303-01.389



Em segundo, mais importante do que demonstrar a legalidade da medida questionada no presente recurso, é esclarecer que tal exigência, segundo penso, sequer impõe restrição à utilização do crédito. Exige apenas que o contribuinte demonstre que optou pela “execução” administrativa da sentença ao invés de proceder de acordo com o rito definido no art 730 e ss do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) e no art. 100 da Constituição Federal de 1988.

Entendo que tal exigência, em verdade, visa a comprovação do próprio direito creditório e da necessidade do prosseguimento do processo na via administrativa. Se o contribuinte possui um processo judicial com a mesma finalidade, um dos dois deve ser extinto. Decidir qual deles, é tarefa exclusiva do detentor do direito creditório.

Ante a tais fundamentos, voto no sentido de **converter o presente julgamento em diligência**, por meio da unidade da Receita Federal do Brasil de origem, a fim de que seja a recorrente intimada a apresentar certidão expedida pela Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, capaz de esclarecer se a sentença prolatada nos autos do processo nº 91.0133035-7 deu origem a processo de execução contra a Fazenda Nacional e, em caso afirmativo, se consta dos autos pedido de desistência homologado.

Sala das Seções, em 05 de dezembro de 2007.

LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Redator