

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 13802.001259/95-18
Recurso n.º : 14.265
Matéria: : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO EX. 1993 E 1994
Recorrente : NADIR FIGUEIREDO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
Sessão de : 15 DE JULHO DE 1998
Acórdão n.º : 101-92.190

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRELIMINARES - DEVIDO PROCESSO LEGAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - Não constitui cerceamento de defesa a decisão da autoridade julgadora de primeira instância que não toma conhecimento da impugnação quanto ao julgamento do mérito, fundamentada nas disposições do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80 c/c art. 1º, § 2º, do Decreto-lei n.º 1.737/79, quando o contribuinte opta pela via judicial.

- AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE - A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito de incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial.

Recurso não conhecido.

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

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, **NÃO CONHECER** do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL, SANDRA MARIA FARONI e CELSO ALVES FEITOSA.

Recurso n.º : 14.265
Recorrente : NADIR FIGUEIREDO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

RELATÓRIO

NADIR FIGUEIREDO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, inscrita no CGC sob n.º 61.067.161/0001-97, estabelecida na cidade de São Paulo - SP, recorre a este Conselho da decisão proferida pelo Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - Região Leste (fls. 96/104).

O lançamento foi motivado pela falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, em virtude de sua compensação com as importâncias pagas a título de FINSOCIAL (diferença de alíquota de 0,5 % para 1,0 %; de 09/89 a 01/90; 1,2 % de 02/90 a 02/91 e 2,0 % de 11/91 a 03/92), conforme relata a fiscalização no TERMO DE VERIFICAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O FATURAMENTO (fls. 52/53) e Auto de Infração (fls. 54/61).

Relata a fiscalização, no Termo acima mencionado, que a recorrente ingressou na Justiça Federal com mandado de segurança preventivo, pedindo a concessão de medida liminar impedindo que o Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo/SP, pratique algum ato para exigir o recolhimento dessa contribuição.

Informa, também, a fiscalização, que o procedimento efetuado foi com base nas disposições do artigo 66 da Lei n.º 8383/91 e, conforme disposições contidas no ADN COSIT N.º 15/94, a empresa não poderia ter compensado a contribuição devida - COFINS - com o FINSOCIAL - "a compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições que tenham o mesmo fato gerador, não podendo o contribuinte compensar créditos relativos a um imposto com débitos de outro imposto; créditos relativos a uma contribuição com débitos de outra contribuição; nem mesmo créditos de contribuição extinta, como é o caso do FINSOCIAL, com débitos de contribuição vigente - COFINS, instituída pela LC 70/91."

Visando salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, uma vez que a matéria ainda encontra-se “sub-judice”, a fiscalização apurou os valores da respectiva contribuição mês a mês, constituindo o crédito tributário devido, ressaltando, todavia, que sua exigibilidade deverá ficar suspensa até decisão final da lide, conforme expressa determinação do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional. Os demonstrativos de fls. 02/03 mostram o FINSOCIAL pago de setembro/89 a março/92 e a compensação com a COFINS devida no período de setembro de 1993 a agosto de 1994, respectivamente.

A exigência está fundamentada na Lei Complementar n.º 70/91, no art. 66 da Lei n.º 8383/91 e no art. 151 do CTN.

Intimada da autuação em 15/09/95 (fls. 59 e 61), a contribuinte contra ela se insurgiu em 22/09/95, através de impugnação de fls. 65/73, acompanhada do doc. procuratório de fl. 74, de cópia do Auto de Infração e seus anexos (fls. 75/87), de folha de jornal de publicação de atas de assembleias gerais (fls. 88/89) e dos demonstrativos do valor a recuperar - FINSOCIAL (fl. 90) e da compensação FINSOCIAL/COFINS (fl. 91), na qual alegou, em resumo, o seguinte:

- **quanto à natureza jurídica do novo Finsocial (COFINS)**, nenhuma razão assiste ação fiscal, no sentido de exigir da Impugnante o recolhimento da COFINS, atinente ao período de setembro/93 a agosto/94, pois já realizou a COMPENSAÇÃO de tais valores, observando os requisitos e os limites legais que demonstrará;

- o novo tributo foi criado em substituição ao antigo FINSOCIAL, verdade esta incontestável, conforme se infere da redação do art.13 da Lei Complementar n.º 70/91, mantendo em vigor o Decreto-lei n.º 1.940/82 até a entrada em vigor desta LC, tendo o legislador tomado os devidos cuidados para evitar os deslizes do antigo FINSOCIAL, procedendo da forma descrita à fl. 67, citando doutrina e jurisprudência a respeito da natureza jurídica desta contribuição;

- mesmo argumentando-se ser o FINSOCIAL imposto residual, tal alegação não desnatura a pretensão da Impugnante em compensá-lo com a COFINS, em razão de

que o novo tributo é sucessor fático e legal, em face do art. 13 da Lei Complementar n.º 70/91, além de possuir o mesmo fato gerador e base de cálculo e alíquota do antigo tributo;

- não há dúvida quanto à natureza jurídica dos tributos em tela, já que os mesmos encontram-se na mesma situação jurídica, preenchendo com exatidão o “caput” do art. 4º do CTN, pois ambas têm a mesma natureza e integram uma mesma espécie tributária, posto terem o mesmo fato gerador, qual seja, o FATURAMENTO, e, adicionalmente, a mesma destinação, o financiamento da Seguridade Social;

- **quando ao direito da Impugnante à compensação do Finsocial com a COFINS**, a impugnante procedeu a compensação do montante pago a maior a título de **FINSOCIAL** com as importâncias devidas relativas à **COFINS**, a partir de **setembro/93 até agosto/94**, consoante o disposto no art. 66 da Lei n.º 8383/91;

- não resta dúvidas quanto à inconstitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial, promovidas pela legislação posterior à Lei n.º 7.689/88, conforme se infere do acórdão do STF n.º 150-764-1/PE, no qual o Pretório Excelso referendou tal exação apenas à alíquota de 0,5 % sobre o faturamento das empresas;

- a verdadeira intenção do legislador, além de permitir a compensação de tributos com a mesma denominação, por exemplo PIS com PIS, FINSOCIAL com FINSOCIAL, COFINS com COFINS, etc., foi mais nobre, pois visou uma ferramenta adequada para permitir a efetiva compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior, tutelando o legítimo interesse do Contribuinte;

- na hipótese de não considerar tal assertiva, poder-se-ia admitir a possibilidade de a União criar inúmeros tributos, independentemente de sua natureza, havendo por certo que, se no futuro vierem a ser considerados inconstitucionais, somente restará ao Contribuinte a possibilidade de ingressar com Ação Ordinária de Repetição do Indébito, pelo simples fato de que o tributo deixou de existir no ordenamento jurídico, o que tornaria INÓCUO o sistema de compensação criado pelo art. 66 da Lei n.º 8383/91;

- quanto à Jurisprudência amplamente favorável ao direito da Contribuinte-Impugnante, cita o Acórdão RE n.º 150.764-1/PE, DOU de 02/04/93, seção I, p. 5624, onde o

STF, por maioria de votos, declarou a INCONSTITUCIONALIDADE do art. 9º da Lei n.º 7.689/88 e sucessivas majorações das alíquotas do FINSOCIAL, para reconhecer legítima a cobrança desta contribuição à alíquota de 0,5 % (meio por cento);

- consequentemente, a impetrante, em face do recolhimento a maior a título de FINSOCIAL, tornou-se credora da União, conforme o discriminado com exatidão nos Demonstrativos em anexo (fls. 90/91);

- no mesmo sentido, cita o Acórdão do Egrégio TRF da 3ª. Região (SP), cujo teor transcreve às fls. 70/72;

- tal consenso estendeu-se também ao próprio Poder Executivo, conforme preceituado no artigo 1º do Decreto n.º 1.601, de 23/08/95, dispensando a Procuradoria da Fazenda Nacional de interpor os recursos cabíveis nas hipóteses ali previstas;

- não restam dúvidas que encontram-se plenamente atendidos os pressupostos para a realização do encontro de contas, posto que foram atendidos todos os requisitos exigidos pelo art. 66 da Lei n.º 8383/91 para efetuar-se a compensação do Finsocial com a COFINS, devendo ser cancelado o Auto de Infração e determinado seu arquivamento.

A autoridade julgadora de primeira instância proferiu a decisão de fls. 93/94, assim ementada:

“EMENTA:

Concomitância entre o Processo Administrativo e o Judicial.

A propositura de ação judicial implica em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. Nessa hipótese, considera-se definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito tributário.

Em relação ao crédito não objeto de ação judicial, mas dependente do resultado desta, cabe sobrestamento do Processo Administrativo.”

Cientificada da decisão em 29/05/96, conforme “AR” de fl. 95v, a contribuinte interpôs o recurso voluntário em 12/06/96 (fls. 96/104), no qual repete os mesmos argumentos expendidos na impugnação e mais o seguinte, em síntese:

- os dispositivos legais em que se baseou a Autoridade Administrativa, ou sejam, a Lei n.º 6.830/80 e o Decreto-lei n.º 1.737/80, são entes normativos editados sob a égide da Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969) e que, com a Constituição de 1988, passaram a carecer de suporte constitucional no que concerne aos artigos atacados;

- as circunstâncias do primeiro dispositivo legal ser veiculado em lei, em sentido formal, e o segundo, veiculado por meio de Decreto-lei, veículo normativo contemplado pela pretérita Carta Magna que possui eficácia de lei, poderiam levar os estudiosos do tema a entender que a decisão administrativa não padeceria de nenhum vício jurídico que lhe pudesse obscurecer a validade, entretanto, aquela regra de triste lembrança, era suprimir dia após dia os direitos dos contribuintes e não contemplá-los de maneira franca e inequívoca, com faz a vigente Lei Maior;

- antes de mais nada, há que se perquirir se ocorreu ou não o denominado princípio da recepção jurídica, no que se refere aos dispositivos mencionados e transcritos às fls. 99/100, pois tal fenômeno somente pode ter ocorrido - em tese - se os mencionados dispositivos não entrarem em conflito com a nova ordem jurídica instaurada em outubro de 1988;

- houve frontal agressão perpetrada aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, insculpidos respectivamente na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, na forma exposta em sua peça recursal;

- o texto constitucional, ao consagrar o devido processo legal, não estabelece nenhum limite, nenhuma restrição, não acolhe nenhuma diferenciação entre o

processo administrativo e o judicial, mas contempla e garante o “devido processo legal” e isto basta;

- neste sentido, constitui lição de hermenêutica das mais comezinhas o entendimento de que, onde o legislador constitucional não restringiu, não cabe ao legislador infra-constitucional restringir, ou, onde a Constituição Federal não colocou obstáculos, a lei não poderá colocá-los;

- à medida em que os diplomas legais enfocados condicionam a instauração e regular trâmite do processo administrativo à inexistência de processo judicial, não estão fazendo outra coisa senão ignorando por completo o princípio constitucional invocado e restringindo - de maneira arbitrária, abusiva e inconstitucional - o acesso do contribuinte ao denominado devido processo legal;

- a Autoridade Administrativa não tem absolutamente nenhuma razão para acreditar que o contribuinte possa desejar pura e simplesmente abdicar de seu direito - constitucional - de discutir a matéria na esfera administrativa apenas e tão somente em virtude de eventual existência de processo judicial em trâmite simultâneo, que, diga-se de passagem, pode ter sido instaurado pelas mais variadas razões;

- tal exegese decorre até mesmo de razão lógica pois, no mais das vezes, o procedimento administrativo é anterior ao processo judicial, tendo seu início com o auto de infração, contra o qual o contribuinte oferece a impugnação administrativa;

- esgotada a esfera administrativa, com a superveniência de decisão que lhe é desfavorável (o que ocorre na maioria absoluta dos casos), o contribuinte vê-se obrigado a recorrer à via judicial;

- no presente caso deu-se exatamente o inverso, pois a Recorrente viu-se obrigada a buscar amparo judicial em face de iminente lesão ao inafastável direito de

compensação contemplado em Lei Federal, e mesmo assim, foi autuada pelo Fisco Federal antes que pudesse presenciar o julgamento final de sua lide;

- desta maneira, o Fisco Federal, que já lhe lesava direito líquido e certo com a edição da indigitada Instrução Normativa n.º 67/92, que se revelara flagrantemente ilegal, vem agora lesar um outro seu direito, tentando, por via oblíqua, suprimir-lhe o acesso ao devido processo legal, em sua face administrativa;

- desse modo, se os dispositivos legais ora tratados colidem frontalmente com os princípios constitucionais posteriormente instituídos, à evidência dos dispositivos não foram recepcionados pela atual Carta Magna, padecendo, por via de consequência, do vício de inconstitucionalidade;

- igualmente foi alcançado lesivamente pelos diplomas legais o princípio constitucional da ampla defesa, insculpido no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna, pelo abrupto encerramento do procedimento administrativo nos termos em que levado a efeito, ou seja, sem apreciação do mérito da impugnação apresentada;

- dessa forma, o que se questiona não é a ausência de diploma legal a amparar a conduta do agente administrativo mas, antes, é justamente a inconstitucionalidade da norma à qual este se reporta como forma de supostamente embasar sua conduta.

Finalmente, requer o conhecimento e o integral provimento do recurso com a consequente reforma da decisão de primeiro grau, ordenando-se o retorno dos autos à Primeira Instância Administrativa a fim de que seja analisado o mérito da Impugnação apresentada, sob pena de supressão de instância.

Às fls. 106/128 junta cópia dos autos da Medida Cautelar n.º 96.03.085726-2
- TRF 3ª Região, que concede parcialmente liminar suspendendo a exigibilidade do crédito

tributário que consta do auto de infração já lavrado, até o julgamento definitivo do colegiado.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, em contra-razões de fl.129, requer seja negado provimento ao recurso.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro EDISON PEREIRA RODRIGUES, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade.

Verifico que a Recorrente discute o direito à compensação da COFINS devida com as importâncias pagas a título de FINSOCIAL (diferença entre a alíquota de 0,5 % e majorações posteriores), em virtude da autorização contida no art. 66 da Lei n.º 8383/91. Igualmente discute referida compensação na esfera judicial, por meio da Medida Cautelar incidental n.º 96.03.085726-2, impetrada posteriormente ao insucesso dos Mandados de Segurança impetrados antes (fls. fls.29/51) e posteriormente à Autuação Fiscal (fls. 107/126).

Confrontando a referida petição com o presente recurso voluntário, verifico que as duas peças têm exatamente o mesmo teor, ou seja, idênticos argumentos fáticos e jurídicos visando a compensação da COFINS devida com os créditos de FINSOCIAL ditos recolhidos a maior ou indevidamente.

Preliminarmente, entendo que a autoridade julgadora de primeira instância agiu acertadamente, fundamentando-se nos dispositivos legais guerreados e abaixo transcritos, visto que as alegações de inconstitucionalidade argüidas pela recorrente, relativamente aos referidos dispositivos legais, ficaram, apenas, no campo de suas conjecturas cerebrinas, mas sem qualquer supedâneo jurídico ou jurisprudencial. Também o desrespeito ao princípio do devido processo legal e, conseqüentemente, o cerceamento do direito de defesa, igualmente não se vislumbra no julgamento de primeiro grau, posto que aquela autoridade julgadora monocrática agiu de conformidade com a lei aplicável ao fato concreto, pois a opção pela via judicial foi da contribuinte e não uma imposição da autoridade

julgadora, além do que já é jurisprudência amplamente sedimentada por este Conselho em casos idênticos.

Assim, consoante determina o artigo 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80, combinado com o art. 1º, § 2º, do Decreto-lei n.º 1.737/79, a seguir transcritos, a escolha da via judicial implica na renúncia ao direito de recorrer na via administrativa quanto à mesma matéria:

“Lei 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 de 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.”

“Decreto-lei n.º 1.737/79

Art. 1º. Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

[...]

III - em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade de débito;

[...]

§ 2º. A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.”

A jurisprudência consolidada neste Conselho é no sentido de que a opção pela via judicial implica em renúncia do contencioso administrativo-fiscal, a exemplo do que decidiu o Acórdão n.º 108-03.984, cuja ementa transcrevo a seguir, primando pela sua clareza:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE - A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito de incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial.”

Por todo exposto, voto no sentido de **NEGAR** as preliminares argüidas e **NÃO CONHECER** as razões de mérito do recurso, face à opção da contribuinte pela via judicial.

Sala das Sessões - DF, em 15 DE JULHO DE 1998


EDISON PEREIRA RODRIGUES

INTIMAÇÃO

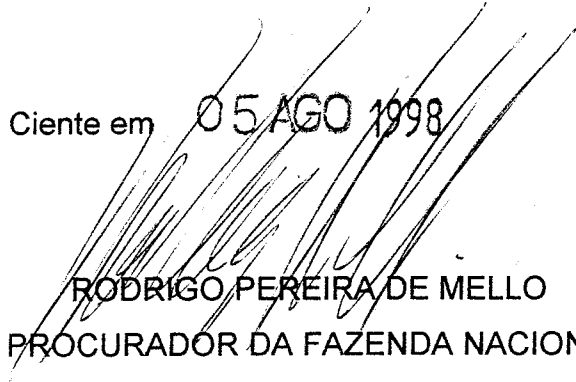
Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria n.º 55, de 16.03.98 (D.O.U. de 17.03.98).

Brasília-DF, em



EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em 05 AGO 1998



RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL