



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

Processo nº : 13808.000318/95-91
Recurso nº : 131.882
Acórdão nº : 301-32.896
Sessão de : 19 de junho de 2006
Recorrente : AGROCITRUS LTDA.
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

NORMAS PROCESSUAIS. COMPENSAÇÃO. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário importa em renúncia ou desistência à via administrativa.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, não conhecer do recurso por intempestividade, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Carlos Henrique Klaser Filho e Luiz Roberto Domingo, que conheciam em parte do recurso.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES
Relatora

Formalizado em: **14 JUL 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves e Susy Gomes Hoffmann.

Processo nº : 13808.000318/95-91
Acórdão nº : 301-32.896

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“Trata-se de Auto de Infração, fls. 07/16, lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL relativa aos períodos de apuração de fevereiro e dezembro de 1990; fevereiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 1991; janeiro a março de 1992, com base no art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982; arts. 16, 80 e 83 do Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986; art. 28 da Lei nº 7.738, de 09 de março de 1989.

2. Os autuantes informam no Termo de Verificação de fls. 05/06 que a autuada recolheu a contribuição pra o FINSOCIAL sem incluir na base de cálculo os valores relativos ao ICMS e ao PIS, havendo assim um saldo remanescente lançado de ofício. Acrescentam que a autuada interpôs a Ação Ordinária nº 94.0033010-3 para exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, aguardando-se o julgamento da lide.

3. Informam, ainda, que a contribuição foi calculada à alíquota de 0,5% sobre o faturamento, por força de mandados de segurança impetrados pela contribuinte e sentenças proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região em ações por ela propostas.

4. As bases de cálculo do lançamento foram extraídas do demonstrativo de fls. 03/04.

5. A contribuinte foi cientificada do Auto de Infração em 09/05/1995 (fl. 15) e apresenta, em 08/06/1995, a impugnação de fls. 20/32, alegando em sua defesa, em síntese:

- A partir de novembro de 1990, a impugnante impetrou Mandados de Segurança contra a cobrança do FINSOCIAL, e desde então suspendeu o seu recolhimento, seja porque obteve liminar, seja em face da sólida jurisprudência considerando ilegal a sua cobrança;
- Com a decisão final do Supremo Tribunal Federal, considerando legítima a cobrança do FINSOCIAL a 0,5% e inconstitucionais as majorações de alíquota, proferida em dezembro de 1992, passou a compensar seus débitos com os créditos do FINSOCIAL,

Processo nº : 13808.000318/95-91
Acórdão nº : 301-32.896

procedimento que não foi aceito pelos autuantes, sob a alegação de que a alíquota de 0,5% somente se aplicaria às empresas participantes das ações julgadas pelo STF;

- É inquestionável que a primeira decisão sobre a matéria serviria como parâmetro necessário a todas as decisões supervenientes proferidas pelas instâncias inferiores;
- O STF encaminhou ofício ao Senado Federal para suspensão da execução dos dispositivos que majoraram a alíquota do FINSOCIAL acima de 0,5%, e a negativa do Senado em proferir Resolução em tal sentido é mera decisão de natureza política, e nunca jurídica, tanto que o STF convalidou sua decisão de maneira definitiva, inequívoca e inconteste;
- Em grande parte dos Mandados de Segurança impetrados pela impugnante já foi proferida decisão no mesmo sentido determinado pelo STF;
- Tendo em vista o direito de a impugnante recolher o FINSOCIAL à alíquota de 0,5%, não há como se negar o fato, também inconteste, de que tudo o que foi pago à alíquota superior a 0,5% se constitui indébito, e como tal passível de restituição ou compensação;
- Foi exatamente o que fez a impugnante, e assim a compensação, efetuada nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, liquidou plenamente os débitos do FINSOCIAL;
- Quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL, com base nas disposições contidas no art. 155, II e § 2º, I, e no art. 158, IV da Constituição Federal, e em face da natureza seletiva do ICMS, entende ser correta a sua conduta de excluir o ICMS da base de cálculo do FINSOCIAL, pois se assim não fosse haveria incidência de tributo sobre tributo;
- Há, portanto, razão suficiente para anulação do Auto de Infração, pois a cobrança do FINSOCIAL sobre receita tributária do Estado implica flagrante violação ao art. 150, VI, letra "a" da Constituição Federal e é manifestamente inconstitucional;
- Compete ao Delegado da DRJ apreciar as questões suscitadas na impugnação, não sendo excusável eximir-se de aplicar corretamente a lei, conforme doutrina transcrita, e no presente caso não se pede ao órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da cobrança da contribuição para o FINSOCIAL sobre o ICMS, mas sim a constatação de uma situação de fato inquinada de vício legal.

Processo n° : 13808.000318/95-91
Acórdão n° : 301-32.896

6. À fl. 36, a DRJ/São Paulo encaminha o presente processo à Unidade de origem para intimar a contribuinte a apresentar Certidão de Objeto e Pé e sentença das diversas ações intentadas contra a Fazenda Nacional.

7. Desta forma, foram anexados os documentos de fls. 37/88.

8. Após despachos de fls. 89/90, e em face da transferência de competência para julgamento, prevista no anexo único da Portaria SRF n° 1.033, de 27 de agosto de 2002, o presente processo foi encaminhado a esta Delegacia de Julgamento."

A DRJ-Salvador/BA deferiu parcialmente o pedido da contribuinte (fls. 96/103), em decisão cuja ementa abaixo transcrevo:

"Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 28/02/1990, 31/12/1990, 28/02/1991, 31/03/1991, 30/04/1991, 31/05/1991, 30/06/1991, 31/08/1991, 31/10/191, 30/11/1991, 31/12/1991, 31/01/1992, 28/02/1992, 31/03/1992

Ementa: NULIDADE.

As argüições de nulidade só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas na lei para a sua ocorrência.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação administrativa, quanto ao mérito, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política, cabendo, entretanto, análise relativamente à matéria não submetida à apreciação do Poder Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A Secretaria da Receita Federal, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. COMPENSAÇÃO. EXISTÊNCIA E EXERCÍCIO DE DIREITO NÃO-COMPROVADOS.

Processo nº : 13808.000318/95-91
Acórdão nº : 301-32.896

É de se manter o lançamento de ofício quando não restar comprovado que a alegada compensação foi de fato adotada tempestiva e espontaneamente.

INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÃO SUSPENSIVA.

Verificada a inexistência de condição suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, cabe ao fisco promover a cobrança imediata do crédito tributário.

MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO.

A multa de ofício aplicada deve ser reduzida de 100% para 75%, por força da alteração na legislação de regência.

Lançamento Procedente em Parte”

Irresignada, em 18 de outubro de 2004, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls. 117/126), onde alega, em suma, que procedeu a compensação dos tributos nos moldes da Lei nº. 8.383/91, a qual, segundo alega, autorizou a compensação sem qualquer restrição, estabelecendo que o pedido de restituição é mera faculdade do contribuinte. Requer, ao final,, sejam reconhecidas e homologadas as compensações realizadas, declarando-se extinto o crédito tributário objeto do litígio.

Em 08 de novembro de 2004, novamente apresentou Recurso Voluntário (fls. 160/171), apresentando os mesmos argumentos do anterior.

É o relatório.

Processo n° : 13808.000318/95-91
Acórdão n° : 301-32.896

VOTO

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

Ao teor do relatado, a questão trazida a debate gira em torno da glosa de compensação de créditos de Finsocial excedentes à alíquota de 0,5% com débitos dessa contribuição.

O ponto a ser enfrentado diz respeito à suposta concomitância entre o processo administrativo e o judicial. O principal argumento de defesa para justificar a compensação realizada é o excedente de pagamentos efetuados com base em alíquotas superiores a 0,5%, enquanto a jurisprudência teria se firmado nesse percentual. Dos autos consta que a reclamante é parte em várias ações judiciais que visavam desonerá-la, justamente, do pagamento do Finsocial com alíquotas majoradas além de 0,5%. Por esse motivo, a Turma julgadora *a quo*, não conheceu da impugnação, na parte pertinente à matéria discutida pela autuada no Judiciário.

De fato, o cerne da questão ora em análise tem o mesmo objeto daquela pendente no Judiciário, já que tanto aqui como lá a alíquota aplicável à contribuição é fator determinante para se saber se houve pagamento a maior que arrimasse eventual restituição de indébito por parte da ora recorrente. Registre-se, por oportuno, que a compensação é mera espécie da qual a restituição é gênero. Por outro lado, não havendo definição do valor a ser restituído não há que se falar, de igual sorte, em compensação, já que esta tem como pressupostos a liquidez e a certeza dos créditos a serem utilizados no encontro de contas.

De qualquer forma, como bem observado pela decisão *a quo*, as conseqüências para o processo administrativo são inevitáveis, perdendo sentido a discussão no âmbito administrativo quando a lide já se encontra no Poder Judiciário, porquanto os julgados emanados por aquele Poder sempre prevalecem sobre as decisões administrativas. Daí dizer-se que a procura da tutela jurisdicional configura renúncia tácita à discussão na esfera administrativa.

Muito embora o termo “renúncia” sugira que a ação judicial tenha sido interposta posteriormente ao procedimento fiscal, na essência, com o devido respeito dos que defendem o contrário, as conclusões são as mesmas para os casos em que a ação foi impetrada antes ou durante o curso do processo administrativo, porquanto, após iniciada a ação judicial, o julgador administrativo vê-se impedido de manifestar-se sobre o apelo interposto pelo contribuinte, vez que a questão passou a ser examinada pelo Poder Judiciário, detentor, com exclusividade, da prerrogativa constitucional de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Processo nº : 13808.000318/95-91
Acórdão nº : 301-32.896

Neste sentido é a jurisprudência mansa e pacífica da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que tem aplicado a renúncia à via administrativa quando o sujeito passivo procura provimento jurisdicional pertinente a matéria objeto do processo fiscal, antes ou durante o seu curso.

Outro entendimento não caberia, pois a ordem constitucional vigente ingressou o Brasil na jurisdição una, como se pode perceber do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o “dizer o direito” e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais. Por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses podem ser submetidos ao crivo judicial a qualquer momento, independentemente da apreciação de instâncias “julgadoras” administrativas.

A tripartição dos poderes confere ao Judiciário exercer o controle supremo e autônomo dos atos administrativos; supremo porque pode revê-los, para cassá-los ou anulá-los; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.

De fato, não existem, no ordenamento jurídico nacional, princípios ou dispositivos legais que permitam a discussão paralela em instâncias diversas (administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza), de questões idênticas.

Diante disso, a conclusão lógica é que a opção pela via judicial, por qualquer modalidade de ação, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito não jurisdicional. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão 202-09.648), “*tal opção acarreta em renúncia ao direito subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação a mesma matéria sub judice.*”

Por oportuno, cabe citar o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/1.979, que, ao disciplinar os depósitos de interesse da Administração Pública efetuados na Caixa Econômica Federal, assim estabelece:

Art. 1º omissis.

§ 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.

Ao seu turno, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980 que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prevê expressamente que a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia à esfera administrativa, verbis:

Processo nº : 13808.000318/95-91
Acórdão nº : 301-32.896

Art. 38. Omissis

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.

A norma expressa nesses dispositivos legais é exatamente no sentido de vedar-se a discussão paralela, de mesma matéria, nas duas instâncias, até porque, como a Judicial prepondera sobre a administrativa, o ingresso em juízo torna inócuo qualquer pronunciamento administrativo. Esse é o entendimento dado pela Exposição de Motivos nº. 223 da Lei nº. 6.830/1980, assim explicitado: “Portanto, desde que a parte ingressa em juízo contra o mérito da decisão administrativa – contra o título materializado da obrigação – essa opção pela via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior.”

Por derradeiro, cabe ressaltar que o pressuposto para configurar a renúncia à esfera administrativa é o simples fato de o sujeito passivo haver proposto ação judicial versando sobre a mesma matéria que deu origem ao processo administrativo. In casu, é irrelevante o tipo de ação ou o momento de sua propositura, pois, qualquer que seja a hipótese, se admitisse a concomitância de processos judiciais e administrativos, estar-se-ia violando o princípio constitucional da unicidade de jurisdição.

No caso em análise, a alíquota aplicável à contribuição, bem como o valor a ser restituído, serão aqueles definidos na esfera judicial, não cabendo qualquer discussão acerca desses pontos no âmbito administrativo. Somente depois de vencida esta pendenga, poder-se-á efetivar a compensação de eventuais créditos, se houver determinação judicial para tanto. Alternativamente, permite-se a compensação administrativa, desde que se possa apurar a certeza e a liquidez dos créditos a serem compensados, e isso só pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão judicial favorável à pretensão da reclamante. Antes do manto definitivo do provimento jurisdicional, a tutela é provisória e, no máximo, tem-se expectativa de direito, a qual não dá supedâneo à compensação tributária.

Quanto aos argumentos de que o Supremo Tribunal Federal teria fixado o entendimento de que a contribuição seria devida à alíquota de 0,5%, e que, por isso, a autuada poderia haver realizado a compensação dos créditos decorrentes de pagamentos efetuados com alíquotas superiores a esse percentual, merece ser esclarecido que, para as empresas prestadoras de serviços, a alíquota majorada da contribuição foi considerada constitucional pelo STF, e que, as decisões da excelsa corte, proferidas em controle difuso, em julgamentos de ações das quais a reclamante não fazia parte, não a alcança, pois preditas decisões não são extensivas a terceiros desinteressados, menos ainda quando estes também buscaram o Poder Judiciário com ações próprias para seus casos específicos. Neste caso, ainda que haja resolução do Senado que dê efeito erga omnis à decisão do STF, para quem tiver ação própria, esses efeitos não o alcançará, pois, in casu, prevalecerá a coisa julgada interpartes.

Processo n° : 13808.000318/95-91
Acórdão n° : 301-32.896

Em suma, nos casos em que os créditos compensados dependam de provimento jurisdicional, a compensação somente poderá ser efetuada quando houver o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o indébito. Neste momento é que se consolida o direito à repetição e, por conseguinte, tem-se o início do prazo para se pedir a compensação de eventuais créditos decorrentes da tutela judicial com débitos vencidos ou vincendos.

Com essas considerações, voto no sentido de **NÃO CONHECER** do Recurso Voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2006


IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES – Relatora