



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13808.000318/95-91
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-003.840 – 3ª Turma
Sessão de 28 de abril de 2016
Matéria FINSOCIAL
Recorrente CARGILL AGRO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992

FINSOCIAL.NORMAS PROCESSUAIS

A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário importa em renúncia ou desistência via administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso especial.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Tatiana Midori Migiyama – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama, Júlio César Alves Ramos, Demes Brito, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Érika Costa Camargos Autran, Rodrigo da Costa Pôssas, Vanessa Marini Cecconello, Maria Teresa Martínez López e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº **301-32.896**, da 1^a Câmara do 3^a Conselho de Contribuintes que, por maioria de votos, não conheceu do recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo.

Não obstante ter constado do acórdão que o Colegiado não havia conhecido do recurso voluntário por intempestividade, aquela turma considerou, no presente caso, acórdão com a seguinte ementa:

“NORMAS PROCESSUAIS. COMPENSAÇÃO. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário importa em renúncia ou desistência via administrativa.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO”

Para melhor elucidar, importante trazer parte do voto do relator, que contempla a particularidade do caso concreto (Grifos meus):

“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 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 consequências 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.

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.

[.]

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 A esfera administrativa, verbis:

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 toma 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

Documento assinado digitalmente *interposto na instância inferior.*"

Autenticado digitalmente em 11/05/2016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 11/05/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR
016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 11/05/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR
ETO

Impresso em 13/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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, estaria 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 di supedâneo 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 alcançava, 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 inter partes.

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 indebito.

Neste momento é que se consolida o direito bi 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.”*

Inconformada com o acórdão proferido pelo Colegiado, a Casa Participação e Serviços Imobiliários Ltda, atual denominação da empresa Agrocitrus Ltda., opôs Embargos de Declaração, com fundamento no art. 27 do antigo Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, alegando contradição e omissão, requerendo, assim, o saneamento desses vícios e a remessa dos presentes autos para a equipe de medidas judiciais da Delegacia da Receita Federal de São Paulo, a fim de verifique os valores pagos a título de FINSOCIAL pela alíquota de 0,5% - através das ações judiciais nºs 94.0033010-3, 91.0005550-6, 91.0679418-1, 91.0700311-0, 90.0047130-3, 91.0009714-4, 91.0021759-0, 91.0099145-7, 91.0662465-0, 91.0689664-2/9, 91.0720332-2, -92.0006017-0, 92.0013534-0, 92.0033402-4 e 92.0044061-4.

Contempla, entre outros, nos Embargos de Declaração (Grifos meus):

“[...]

Conforme já mencionado, o recurso interposto pela Embargante não foi provido, sendo a seguinte a ementa da decisão proferida:

“NORMAS PROCESSUAIS. COMPENSAÇÃO. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A submissão de matéria à tutela autônoma é superior do Poder Judiciário importa em renúncia ou desistência à via administrativa.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO.”

Contudo, ao descrever o resultado do julgamento, assim fez constar

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."

[...]

Ocorre que, e esta a contradição que se aponta, não há em qualquer decisão proferida no autos nenhuma menção intempestividade, de onde se infere que tal termo constou do acórdão, ou melhor, do resultado de julgamento, por equívoco.

Portanto, deve-se reformar a decisão no que tange ao não conhecimento do recurso por intempestividade, pois conforme anteriores entendimentos e decisões proferidas pelas autoridades administrativas competentes nesse processo, isso jamais ocorreu.

[...]

11.2 - OMISSÃO

Conforme se infere pela decisão, ora embargada, o Recurso Voluntário da Embargante não foi provido com base na alegação de que a Embargante teria renunciado a discussão da matéria nas vias administrativas, já que ajuizou diversas ações perante o Poder Judiciário para ter afastadas as cobranças dó FINSOCIAL pelas alíquotas de 1,0%, 1,2% e 2,0%.

A conclusão do julgamento foi a seguinte:

"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 a 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."

Pois bem. Após o trânsito em julgado de decisão judicial é que nasce o direito à compensação.

Ora, mas todas as impetrações ajuizadas pela Embargante já transitaram em julgado, fato que poderia ter sido constatado se tivesse sido determinada diligência para a equipe de medidas judiciais DERAT/SP, praxe verificada em questões como a presente.

Sendo assim, e considerando que todas as informações referentes aos mandados de segurança constavam dos autos, e que a decisão embargada deixou de reconhecer que já transitaram em julgado, é mister que seja sanada a omissão que ora se aponta.

Portanto, por mais que a Embargante tenha discutido os valores na esfera judicial; a autoridade administrativa não deve ser omissa quanto as decisões que reconhecem o direito da embargante de recolher o FINSOCIAL pela alíquota de 0,5% e, muito menos, deverá cobrar esses valores em duplicidade.

Além do mais, ainda que tenha havido renúncia à esfera administrativa, é sabido que a administração, mais, especificamente, este Conselho de Contribuintes, deve aplicar a lei tal como decidido perante o Supremo Tribunal Federal.

Sendo certo, assim, que a inconstitucionalidade da cobrança do Finsocial por alíquotas maiores que 0,5% já foi declarada, impõe-se, no julgamento desta lide, que seja aplicada tal decisão, reconhecendo-se o direito da Embargante de compensar todos os valores indevidamente recolhidos com parcelas deste tributo, devidas pela alíquota de 0,5%.

[...]"

Continuando, com a apresentação dos Embargos de Declaração pelo sujeito passivo, houve apreciação pela 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes desse recurso, tendo sido acordado, por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos Embargos para retificar o resultado do julgamento (*onde se lia "não conhecer do recurso por intempestividade", passe-se a ler "não conhecer do recurso por opção pela via judicial"*), mantendo-se a decisão prolatada em acórdão 301.33.911 com a seguinte ementa:

"Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 28/02/1990

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

I— CONTRADIÇÃO – PROCEDÊNCIA RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

acolher os embargos, para retificar esse decisum, no sentido de adequá-lo à realidade dos autos.

II— OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA

O livre convencimento do julgador permite que a decisão proferida seja fundamentada com base no argumento que entender cabível, não sendo necessário que se responda a todas as alegações das partes, quando já se tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se é obrigado a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um todos os seus argumentos. Não comprovada a omissão suscitada nos declaratórios, deve-se rejeitar os embargos.

EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS”

O sujeito passivo tomou conhecimento, entre outros, do teor do acórdão, apresentando Recurso Especial ao acórdão nº 301-33.911, requerendo, entre outros:

- Que o Recurso Especial seja recebido e provido, a fim de que as compensações realizadas pela recorrente sejam reconhecidas e homologadas e, restando extinto, por consequência, o crédito tributário, exigido nos presentes autos;
- Para provar o alegado, a juntada de documentos e a realização de diligencia a fim de se verificar a autenticidade das guias de recolhimento apresentadas, bem como das guias demonstrativas das compensações realizadas pela Recorrente, uma vez tratarem-se de documentos antigos.

Ademais, trouxe o sujeito passivo em seu Recurso Especial, entre outros, que:

- O recurso voluntário foi instruído com todos os elementos suficientes a evidenciar a certeza de seus créditos, comprovando os recolhimentos indevidos pelas guias juntadas pelos docs. acostados ao recurso voluntário, consolidados pela planilha supracitada (doc. 06 do recuso), bem como os DARFs mensalmente pagos por valores simbólicos, com a finalidade de melhor demonstrar a compensação realizada (docs. 32 a 47 daquele);

- CÓPIA*
- Traz aos presentes autos cópias da decisões judiciais transitadas em julgados proferidas nos diversos Mandados de Segurança impetrados pela Recorrente, onde foi considerada inconstitucional a cobrança da contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas superiores a 0,5%;
 - Nada mais há que se discutir nos presentes autos, a não ser o reconhecimento do direito da Recorrente compensar os valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL com valores devidos, conforme pacífica jurisprudência já consolidada perante o E. Conselho de Contribuintes:

Não obstante à apresentação do Recurso Especial, é de se trazer que após apreciação pela Presidente da 1^a Câmara do 3º Conselho de Contribuintes em exercício à época, **foi negado seu seguimento**, conforme despacho de fls. 742/744 (transcrito parte – Grifos meus):

“Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pelo sujeito passivo (fls. 232/249), valendo-se da prerrogativa facultada pelo § 2º, do artigo 15 do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais — RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 147, por tratar-se de situação prevista no inciso H, artigo 7º, do mesmo Regimento, contra a decisão da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, que negou provimento, por maioria de votos, ao recurso voluntário, mediante o Acórdão n.º 301-32896, de 19/06/2006 (fls. 187/195), assim ementado:

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 VOLUNTARIO NÃO CONHECIDO

Referido acórdão foi alvo de embargos de declaração, opostos à folha 206/211, em que a interessada assevera que as impetrações ajuizadas pela Embargante já transitaram em julgado, fato que poderia ter sido constatado mediante diligência, dentre outras constatações que mereceram acolhimento parcial deste Conselho mediante a prolação do Acórdão n.º 301-33911, de 23/05/20007 (fls. 216/221):

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 28/02/1990

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRADIÇÃO - PROCEDÊNCIA — RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

— Confirmado lapso manifesto no resultado do julgamento, deve o Colegiado acolher os embargos, para retificar esse decimal, no sentido de adequá-lo à realidade dos autos.

II — OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA O livre convencimento do julgador permite que a decisão proferida seja fundamentada com base no argumento que entender cabível, sendo necessário que se responda a todas as alegações das partes, quando já se tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se é obrigado a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder a um todos os seus argumentos. Não comprovada a omissão suscitada nos destinatários, deve-se rejeitar os embargos.

EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS

Importante destacar que, quanto ao tema "compensação", permanece a decisão do primeiro dos acórdãos acima, a do não conhecimento do recurso voluntário devido à concomitância de submissão da questão, tanto ao Poder Judiciário, quanto pela via administrativa.

Procedendo-se à análise da admissibilidade do recurso especial interposto, constata-se, primeiramente, sua tempestividade, vez que a ciência ao provimento parcial dos embargos de declaração interpostos foi apostila A folha 227-V, em 23/11/2007- 6. 3-feira, e a protocolização do pleito ocorreu em 10/12/2007-2ª feira (folha 230), portanto, dentro dos quinze dias estabelecidos pelo caput, do artigo 15 do RICSRF, em vista do que, procedo A sua análise.

Os seguintes paradigmas foram arrolados pela empresa interessada, com ementas trazidas A colação, conforme transcrições a seguir:

Acórdão n.º 201-74437 — folha 239

FINSOCIAL - COMPENSAÇÃO E RESTITUIÇÃO - A compensação e a restituição de tributos e contribuições estão assegurados pelo artigo 66 e seus parágrafos, da Lei nº 8.383/91, inclusive com a garantia da devida atualização monetária. A inconstitucionalidade declarada da majoração das alíquotas do FINSOCIAL acima do percentual de 0,5% (meio por

cento) assegura ao contribuinte ver compensados e/ou restituídos os valores recolhidos a maior pela aplicação de alíquota superior a indicada. **DECADÊNCIA** - O direito à restituição ou compensação dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação dar-se-á após o transcurso de cinco anos contados da data em que se vencer o prazo para a providência, ou ocorre a prescrição no prazo de 05 (cinco) anos contados da data em que publicado o acórdão que declarou a constitucionalidade do FINSOCIAL. Recurso provido.

Acórdão n.º 203-05415

FINSOCIAL - CONSTITUCIONALIDADE - *Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, o FINSOCIAL é imposto e sua exigência, após a Constituição Federal de 1988, é legítima até a sua extinção, em abril de 1992. Foram consideradas inconstitucionais as elevações de alíquota promovidas pela legislação posterior à promulgação da Carta Magna, sendo, portanto, devido, calculado pela alíquota originalmente prevista de 0,5%, em se tratando de empresa vendedora de mercadorias.*

COMPENSAÇÃO - O art. 66 da Lei nº. 8.383/91 permite a compensação de tributos da mesma natureza, em razão de pagamento indevido. Essa compensação se dá no âmbito do lançamento por homologação e independe de requerimento ou prévia autorização da autoridade administrativa (IN SRF nº. 21/98 e alterações posteriores). Recurso provido.

ACÓRDÃO 203-08298

FINSOCIAL - DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.
A decisão judicial tem prevalência sobre a decisão administrativa. Deve ser cumprida a decisão judicial que reconhece ser devido o FINSOCIAL a alíquota de 0,5%, tendo o auto de infração sido formalizado apenas para prevenir a decadência. **MULTA DE OFÍCIO.**

[...]

Tanto os arrestos trazidos A guisa de paradigmas, quanto a argumentação da recorrente, fundam-se no reconhecimento da cobrança do FINSOCIAL a alíquotas não superiores a 0,5%. Particularmente, o último paradigma assevera a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa.

Não obstante, o quid do acórdão combatido — a concomitância de submissão de matéria a duas esferas, a. administrativa e a judicial — não é abordado claramente nos arestos trazidos a título de acórdãos divergentes. Mesmo a menção da prevalência da decisão judicial preconizada no Último deles, não foi enfatizada pela recorrente, em que pese à afirmação, em fase de embargos (fl. 209), de que todas as impetrações ajuizadas pela Embargante já transitaram em julgado, o que não foi focalizado na análise dos referidos embargos.

Em vista do exposto, não se obriga a demonstração fundamentada da divergência exigida no § 2º, do artigo 15 do RICARF, em virtude do que não se cumpriu este requisito necessário A admissibilidade do pleito, impendendo, então, não admiti-lo, nos termos do § 6º, do mesmo artigo 15.

Retornem-se, pois, os autos à dependência preparadora, a fim de colher a ciência do sujeito passivo, bem como adotar as demais providências cabíveis.”

Após a negativa de admissibilidade do recurso especial, foi apresentado agravo de Fls. 754/760 pelo sujeito passivo ao Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes, requerendo o seu reexame de admissibilidade, com a conseqüente a reforma do despacho ora recorrido, determinando-se a regular tramitação do julgamento do apelo especial.

Sendo assim, após reanálise do exame de admissibilidade de Recurso Especial pelo Presidente da 3ª Seção em exercício e ratificação do Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, foi acolhido o recurso de agravo e dado seguimento ao recurso especial de divergência do contribuinte – o que, por ser esclarecedor, peço vênia para transcrever parte do Despacho de Reexame de Admissibilidade de Recurso Especial de fls. 786/788 (Grifos meus):

“[.]

Trata-se de recurso de agravo interposto em tempo hábil pela contribuinte em face do despacho que negou seguimento ao recurso especial de divergência.

A matéria objeto da controvérsia é o direito de compensação do FINSOCIAL recolhido a alíquota superior a 0,5% com parcelas vincendas do próprio Finsocial. O Acórdão 301-32.896, aditado pelo Acórdão 301-33.911, que julgou os embargos de declaração da contribuinte, não conheceu do recurso voluntário em razão da existência de concomitância com processo judicial interposto pela contribuinte com o mesmo objeto do processo administrativo.

A Presidente da Câmara recorrida negou seguimento ao recurso especial da contribuinte, em razão da não demonstração fundamentada da divergência. Eis as palavras da Presidente da Câmara recorrida à fl. 744:

“(...) Não obstante, o quid do acórdão combatido – a concomitância de submissão de matéria a duas esferas, administrativa e a judicial – não é abordado claramente nos arestos trazidos a título de acórdãos divergentes. Mesmo a menção da prevalência da decisão judicial preconizada no último deles, não foi enfatizada pela recorrente, em que pese a afirmação, em fase de embargos (fl. 209), de que todas as impetrações ajuizadas pela Embargante já transitaram em julgado, o que não foi focalizado na análise dos referidos embargos.

Em vista do exposto, não se obriga a demonstração fundamentada da divergência exigida no § 2.º, do artigo 15 do RICSRF, em virtude do que não se cumpriu este requisito necessário à admissibilidade do pleito, impendendo, então, não admiti-lo, nos termos do § 6.º, do mesmo artigo 15. (...)”

Em sede de agravo, a defesa reafirmou a existência de divergência em relação ao Acórdão 201-76.048, o qual, segundo alega, nem sequer foi considerado pelo despacho agravado.

Nas palavras da agravante:

*“(...) A divergência entre ambos acórdãos é evidente: enquanto o primeiro afirma que a **opção pela via judicial implica renúncia à esfera administrativa**, o segundo, decidindo em sentido totalmente oposto, deu provimento ao recurso administrativo interposto contra o lançamento fiscal, **cancelando a cobrança administrativa em decorrência do êxito obtido no Poder Judiciário**.*

*Com efeito, ambas as decisões são referentes a discussões concomitantes na esfera administrativa e judicial. Enquanto no caso destes autos, optou-se por simplesmente **não apreciar as defesas administrativas interpostas pelo contribuinte**, em face da alegada renúncia, naquele caso paradigma optou-se, acertadamente, por **cancelar o lançamento administrativo em face do êxito obtido na mesma discussão, travada perante o Poder Judiciário**.*

Note-se que os demais Acórdãos mencionados na decisão que negou seguimento ao recurso especial corroboram a decisão acima aludida, que serviu de paradigma ao caso. Contudo, foram citados como reforço ao direito da Agravante, sendo certo que o efetivo paradigma que esta textualmente utilizou foi o Acórdão nº 201-76048, nem sequer aventado pela autoridade julgadora.

Com efeito, o despacho ora agravado negou seguimento ao recurso especial da Agravante sem ao menos citar o efetivo acórdão que foi efetivamente utilizado como paradigma. A sua reforma, também por este fato, é imperiosa.

(...)”

É o resumo do necessário.

Revendo o exame de admissibilidade de recurso especial, constato que por meio do acórdão recorrido, a Câmara não tomou conhecimento do recurso voluntário por ter entendido que existe concomitância entre este processo administrativo e a ação judicial interposta pela contribuinte quanto à questão da compensação do Finsocial recolhido com alíquota superior a 0,5%. O contribuinte trouxe aos autos notícia do trânsito em julgado da ação judicial.

Por outro lado, examinando o inteiro teor do paradigma nº 201-76.048 encontrei a seguinte fundamentação:

“(...) O recurso de ofício preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

O recurso voluntário é tempestivo, dele também conheço.

Em resposta à diligência solicitada, trouxe a contribuinte aos autos cópia de decisão judicial transitada em julgado, em que é considerada inconstitucional a cobrança da contribuição para o Finsocial em alíquotas superiores a 0,5%. Ora, nada mais há que se discutir nos presentes autos. Tendo sido reconhecido como indevido o recolhimento para o Finsocial com alíquotas superiores a 0,5%, legitimo é o direito de a contribuinte compensar com valores devidos, consoante verificou o órgão autuante.

(...)”

Sendo assim, há que se concordar com a agravante. Realmente nos dois casos houve o trânsito em julgado da ação judicial em que se discutia a questão da compensação do Finsocial recolhido com alíquota superior a 0,5%. Contudo, enquanto o acórdão recorrido não tomou conhecimento do

201-76.048 o colegiado decidiu aplicar o conteúdo da decisão judicial ao caso concreto.

A similitude fática das situações e divergência nos resultados é evidente.

Também está correta a agravante quanto à alegação de que o paradigma nº 201-76.048 não foi considerado pela Presidente da Câmara recorrida. Observe-se que esse paradigma foi o único comprovado por meio de seu inteiro teor, mas o despacho agravado negou seguimento ao recurso apegando-se às ementas dos outros três julgados, cujas ementas apenas foram transcritas no corpo do recurso voluntário.

A reforma do despacho agravado é imperiosa.

Com esses fundamentos, Senhor Presidente, opino no sentido de que Vossa Senhoria dê seguimento ao recurso especial de divergência.

(Assinado com certificado digital)

Henrique Pinheiro Torres

De acordo. Com base nos fundamentos acima, com os quais concordo, acolho o recurso de agravo e dou seguimento ao recurso especial de divergência do contribuinte.

Encaminhe-se à Procuradoria da Fazenda Nacional, para que, querendo, ofereça contrarrazões ao recurso especial, nos termos do art. 70 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

(Assinado com certificado digital)

Carlos Alberto Freitas Barreto

Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais”

Em sequência, a Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões em face do Recurso Especial de Divergência interposto pelo sujeito passivo, requerendo o improviso do recurso, contemplando o que segue (Grifos meus):

“Trata-se de recurso de agravo interposto em tempo hábil pela contribuinte em face do despacho que negou seguimento ao recurso especial de divergência.

2. A matéria objeto da controvérsia é o direito de compensação do FINSOCIAL recolhido a alíquota superior a 0,5% com parcelas vincendas do próprio Finsocial. O Acórdão 301-32.896, aditado pelo Acórdão 301-33.911, que julgou os embargos de declaração da

de concomitância com processo judicial interposto pela contribuinte com o mesmo objeto do processo administrativo.

3. A Presidente da Câmara recorrida negou seguimento ao recurso especial da contribuinte, em razão da não demonstração fundamentada da divergência. Eis as palavras da Presidente da Câmara recorrida à fl. 744:

“(...) Não obstante, o quid do acórdão combatido – a concomitância de submissão de matéria a duas esferas, administrativa e a judicial – não é abordado claramente nos arestos trazidos a título de acórdãos divergentes. Mesmo a menção da prevalência da decisão judicial preconizada no último deles, não foi enfatizada pela recorrente, em que pese a afirmação, em fase de embargos (fl. 209), de que todas as impetrações Revendo o exame de admissibilidade de recurso especial, constatou-se a divergência jurisprudencial, considerando que tanto no v. acórdão recorrido, como no paradigma apontado, houve o trânsito em julgado da ação judicial em que se discutia a questão da compensação do Finsocial recolhido com alíquota superior a 0,5%. Contudo, enquanto o acórdão recorrido não tomou conhecimento do recurso em virtude de concomitância com o processo judicial; no paradigma 201-76.048 o colegiado decidiu aplicar o conteúdo da decisão judicial ao caso concreto.

6. Tecidas tais considerações, passemos a demonstrar doravante as razões pelas quais merece ser mantido o v. acórdão recorrido.

II – DAS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO

7. O artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, e o artigo 38, parágrafo único da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, preconizam que a propositura, pelo contribuinte, de Mandado de Segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

8. Nesse sentido, foi expedido o Ato Declaratório Normativo nº 03, de 14 de fevereiro de 1996, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, esclarecendo que:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial- por qualquer modalidade processual-, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) consequentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CNT; (...)

9. Com efeito, a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, com a plena soberania das decisões judiciais.

10. Quanto à compensação baseada na Lei nº 8.383, de 1991, não há evidências de que tenha sido efetuada à época do vencimento dos fatos geradores, nem mesmo antes da lavratura do Auto de Infração guerreado. A despeito de suas alegações, a impugnante não anexou aos autos nenhum comprovante ou registro contábil da aludida compensação.

11. Não basta a contribuinte ter efetuado recolhimentos a maior daquela contribuição. Para ter direito à compensação, os créditos devem ser líquidos e certos, e, no presente caso, inexistem elementos que evidenciem estes requisitos. Não basta a autuada entender que detém o

Documento assinado digitalmente para fins de comprovação de crédito a compensar, mas deve comprová-lo.

Autenticado digitalmente em 11/05/2016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 11/05/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR
016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 11/05/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR
ETO

Impresso em 13/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

12. A compensação prevista no artigo 170, do Código Tributário Nacional - CTN, a despeito de constituir modalidade de extinção do crédito tributário, depende, para surtir seus efeitos, da posterior homologação pelo Fisco. Equipara-se, assim, ao pagamento antecipado previsto no lançamento por homologação do artigo 150, I, do CTN. Por certo, a homologação somente poderá ser efetivada ante a existência comprovada pela requerente de créditos líquidos e certos contra a União, bem como dos assentamentos contábeis e registros nos documentos fiscais, que comprovem que os ditos créditos já foram utilizados para extinção de débitos especificados. Tal fato não ocorreu no presente.

13. Ademais, ressalte-se que estando a autuada litigando judicialmente sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL, descabida seria a compensação de valores ainda pendentes de julgamento pelo Poder Judiciário.

14. Desta forma, constata-se que a infração apurada pelo Fisco – falta de recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL incidente sobre o ICMS – decorre exatamente da exclusão da base de cálculo pretendida pela autuada, mesma matéria da Ação Ordinária nº 94.0033010-3, conforme certidão à fl. 72.

15. Em consulta ao site do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 93/94), constatou-se que ainda não houve o trânsito em julgado da ação judicial mencionada, devendo prevalecer o TEMPUS REGIT ACTUM.

16. Portanto, também quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL, não resta nenhuma dúvida quanto à concomitância entre o objeto do presente processo administrativo e a matéria discutida judicialmente, devendo tudo ser discutido no âmbito do Judiciário.”

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama.

Quanto à admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo, entendo que deva ser conhecido, considerando inclusive o teor do acórdão recorrido que, por sua vez, nada trouxe sobre a discussão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do Finsocial – o que concordo com o despacho de reexame de admissibilidade que contempla a análise dos ilustres Conselheiros - Henrique Pinheiro Torres e ratificação do presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, eis que, como dito:

“[...] Sendo assim, há que se concordar com a agravante. Realmente nos dois casos houve o trânsito em julgado da ação judicial em que se discutia a questão da compensação do Finsocial recolhido com alíquota superior a 0,5%. Contudo, enquanto o acórdão recorrido não tomou conhecimento do recurso em virtude de concomitância com o processo judicial; no paradigma 201-76.048 o colegiado decidiu aplicar o conteúdo da decisão judicial ao caso concreto.

A similitude fática das situações e divergência nos resultados é evidente.

Também está correta a agravante quanto à alegação de que o paradigma nº 201-76.048 não foi considerado pela Presidente da Câmara recorrida. Observe-se que esse paradigma foi o único comprovado por meio de seu inteiro teor, mas o despacho agravado negou seguimento ao recurso apegando-se às ementas dos outros três julgados, cujas ementas apenas foram transcritas no corpo do recurso voluntário.

[...]"

Não obstante concordar com o reexame de admissibilidade, importante recordar que:

- A Recorrente foi autuada em 9.5.95, por suposta falta de recolhimento 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/05/2016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 11/05/2016

016 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 11/05/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARR

ETO

Impresso em 13/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

de maio de 1982 e artigos 16, 80 e 83 do Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986; artigo 28 da Lei nº 7.738, de 09 de março de 1989.

- As autoridades fiscais autuantes informaram no Termo de Verificação de fls. 05 e 06 que a Recorrente recolheu a contribuição para o FINSOCIAL à alíquota de 0,5% sobre o faturamento, por força das decisões proferidas nos autos dos mandados de segurança que impetrou, sem incluir, porém, na base de cálculo da contribuição os valores relativos ao ICMS e ao PIS.

Portanto, dois são os temas que compõe a controvérsia suscitada:

- A pretensa falta de recolhimento da contribuição ao FINSOCIAL nos termos estatuídos pelo Decreto-Lei nº. 1940 /82 e alterada sucessivamente pelas Leis nº 7.738/89 (art. 28), 7.787/89 (art. 7º), 7.894/89 (ART. 1º) e 8.147/90 (art. 1º);
- A exclusão, da base de cálculo da contribuição ao FINSOCIAL, de parcelas de faturamento relativas ao ICMS, PIS e IMPOSTO DE EXPORTAÇÃO;

Em relação às contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional, também conheço das alegações postas – eis que tempestivas.

Quanto à discussão envolvendo o recolhimento do Finsocial, importante trazer que em 19.6.06 – data em que foi apreciado o processo do sujeito passivo pela 1ª Câmara do 3º Conselho de contribuintes, o RE 287379 AgR/SP - que contemplava como agravado a Cargill Agrícola S/A e outros e como agravante a União e discutia a constitucionalidade da exigência dos aumentos de alíquotas da contribuição ao Finsocial, já havia sido julgado favoravelmente pelo STF, conforme segue:

“RE 287379 AgR / SP - SÃO PAULO

AG.R.EG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 28/03/2006

Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJ 28-04-2006 PP-00018

EMENT VOL-02230-04 PP-00650

Parte(s)

AGTE.(S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : PFN - LUCIANA MOREIRA GOMES E OUTRO

AGDO.(A/S) : CARGIL AGRICOLA S/A E OUTROS

ADV.(A/S) : MURILO GARCIA PORTO

Ementa

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade.

Contribuição Social. FINSOCIAL. Empresa seguradora.

Majoração de alíquotas. Inconstitucionalidade. Precedentes.

*Agravo regimental não provido. Firmou-se jurisprudência nesta Corte **no sentido de serem inconstitucionais as majorações de alíquotas previstas no art. 7º da Lei nº 7.787/89, no art. 1º da Lei nº 7.894/89 e no art. 1º da Lei nº 8.147/90, relativamente às sociedades seguradoras***

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma,

28.03.2006.”

No entanto, independentemente de já ter sido julgado pelo STF o Agravo ao Recurso Extraordinário envolvendo discussão acerca da majoração das alíquotas do Finsocial do sujeito passivo, ainda não havia a decisão transitado em julgado na época da apreciação do recurso voluntário pela 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, vez que, posteriormente foram apresentados embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário.

Em consulta ao site do STF, vê-se que somente ocorreu o transito

O que, por conseguinte, tenho que, depreendendo-se da leitura do voto da ilustre Conselheira Irene Souza Trindade constante do acórdão nº 301-32.896, torna-se compreensível o direcionamento de seu entendimento pela concomitância entre o processo administrativo e judicial – conforme bem demonstrado em seu voto (transcrito parte):

“[...]

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 compensação tributária.

[...]

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 bi 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.

“[...]"

É de se trazer também que, em 11 de fevereiro de 2007, o sujeito passivo apresentou Embargos de Declaração, manifestando, entre outros, que houve omissão no acórdão nº 301-32.896, vez que, segundo o sujeito passivo, todas as impetrações ajuizadas já haviam transitados em julgado.

Em apreciação dos embargos,vê-se que foi afastada a alegação de omissão, ainda que a sessão de julgamento dos embargos tenha ocorrido em 23.5.07 – portanto, posterior a data que em efetivamente ocorreu o transito em julgado (27.2.08).

Com a admissibilidade do recurso especial e a ocorrência do trânsito em julgado da lide acerca da constitucionalidade da majoração da alíquota do Finsocial, torna-se, a rigor, importante apreciar a compensação feita pelo sujeito passivo.

Não obstante, depreendendo-se da leitura dos autos do processo, vê-se que a DRJ/BA considerou a concomitância do processo administrativo e judicial também refletindo sobre a outra discussão judicial posta pelo sujeito passivo – qual seja, sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do Finsocial – conforme voto constante daquele acórdão – O que, para melhor elucidar – peço vênia para transcrever parte:

“[...]

Desta forma, constata-se que a infração apurada pelo Fisco — falta de recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL incidente sobre o ICMS — decorre exatamente da exclusão da base de cálculo pretendida pela autuada, mesma matéria da Ação Ordinária nº 94.0033010-3, conforme certidão A, fl. 72.

[...]

Em consulta ao site do Tribunal Regional Federal da 3a Região (fls. 93/94), constata-se que ainda não houve o transito em julgado da ação judicial mencionada.

[...]

24. Portanto, também quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL, não resta

presente processo administrativo e a matéria discutida judicialmente.

Destaque-se, ainda, que a autuada ingressou judicialmente com Ação Ordinária contra a incidência da contribuição para o FINSOCIAL sobre a parcela do ICMS. Não há informação neste processo quanto à concessão de liminar em Mandado de Segurança ou em Medida Cautelar. Da mesma forma, inexistem provas quanto A existência de depósitos judiciais relativos aos períodos autuados.

[...]

30. Assim, inexistindo provas de que a exigibilidade do crédito tributário tenha sido suspensa por uma das hipóteses previstas nos incisos II, IV e V do CTN, nada obsta que o Fisco promova a cobrança imediata dos valores lançados de ofício.

[...]"

Em consulta ao TRF3, constato que, relativamente à Ação Ordinária nº 94.0033010-3 – que envolve a discussão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do Finsocial ainda não houve o trânsito em julgado.

Sendo assim, independentemente de a DRJ ter ventilado essa Ação Ordinária em seu acórdão e ainda que o sujeito passivo nem tenha trazido tal questão em recurso voluntário, tampouco não tenha sido apreciado pela 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, nem tenha sido contemplado em recurso especial, vê-se ser necessário analisar essa questão, eis ser essencial para o deslinde da questão e por conhecer as alegações apresentadas nas Contrarrazões pela Fazenda Nacional. O que peço licença para transcrever parte (Grifos meus):

"[...]

12. A compensação prevista no artigo 170, do Código Tributário Nacional - CTN, a despeito de constituir modalidade de extinção do crédito tributário, depende, para surtir seus efeitos, da posterior homologação pelo Fisco. Equipara-se, assim, ao pagamento antecipado previsto no lançamento por homologação

do artigo 150, I, do CTN. Por certo, a homologação somente poderá ser efetivada ante a existência comprovada pela requerente de créditos líquidos e certos contra a União, bem como dos assentamentos contábeis e registros nos documentos fiscais, que comprovem que os ditos créditos já foram utilizados para extinção de débitos especificados. Tal fato não ocorreu no presente.

13. Ademais, ressalte-se que estando a autuada litigando judicialmente sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL, descabida seria a compensação de valores ainda pendentes de julgamento pelo Poder Judiciário.

14. Desta forma, constata-se que a infração apurada pelo Fisco – falta de recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL incidente sobre o ICMS – decorre exatamente da exclusão da base de cálculo pretendida pela autuada, mesma matéria da Ação Ordinária nº 94.0033010-3, conforme certidão à fl. 72.

15. Em consulta ao site do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 93/94), constatou-se que ainda não houve o trânsito em julgado da ação judicial mencionada, devendo prevalecer o TEMPUS REGIT ACTUM.

16. Portanto, também quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL, não resta nenhuma dúvida quanto à concomitância entre o objeto do presente processo administrativo e a matéria discutida judicialmente, devendo tudo ser discutido no âmbito do Judiciário.”

Sendo assim, constatado que, em respeito ao art. 170 do CTN, somente é possível se homologar a compensação pedida ante a existência comprovada de créditos líquidos e certos contra a União. O que, no caso vertente, somente ocorreria tal comprovação com o trânsito em julgado da ação ordinária em comento – objeto do auto de infração – é de se entender pela concomitância entre o objeto do presente processo administrativo e a matéria discutida judicialmente,

“Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Em vista de todo o exposto, voto por admitir o Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo, negando-lhe provimento.

É o meu voto.

Tatiana Midori Migiyama - Relatora