



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13839.000207/99-69
SESSÃO DE : 17 de junho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202
RECURSO Nº : 128.197
RECORRENTE : SUPERMERCADO TULON LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO.
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PREVALÊNCIA DA
DECISÃO JUDICIAL.

Pelo princípio constitucional da unidade de jurisdição (art. 5º
XXXV da CF/88), a decisão judicial sempre prevalece sobre a
decisão administrativa, passando o julgamento administrativo não
mais fazer nenhum sentido. Somente a decisão do Poder Judiciário
faz coisa julgada.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho
de Contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso por haver
concomitância com processo judicial, na forma do relatório e voto que passam a
integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 17 de junho de 2004

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

WALBER JOSÉ DA SILVA
Relator

08 SET 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH
EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, MARIA
HELENA COTTA CARDOZO, SIMONE CRISTINA BISSOTO, PAULO
ROBERTO CUCCO ANTUNES e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E
ALCOFORADO (Suplente). Ausente o Conselheiro PAULO AFFONSECA DE
BARROS FARIA JUNIOR. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional
PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202
RECORRENTE : SUPERMERCADO TULON LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : WALBER JOSÉ DA SILVA

RELATÓRIO

A empresa SUPERMERCADO TULON LTDA., CNPJ nº 52.922.366/0001-11, ingressou, em 28/01/1999, com pedido de restituição/compensação da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, relativa à parcela recolhida acima da alíquota de 0,5% (meio por cento), no período de apuração de outubro de 1989 a abril de 1992.

A Delegacia da Receita Federal em Jundiaí-SP não conheceu do pedido em face da propositura, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importando renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

A empresa interessada tomou ciência do Despacho Decisório no dia 01/06/2000 e, no dia 20/06/2000 (fls. 47/53), ingressou com Manifestação de Inconformidade contra o despacho decisório alegando, em síntese, que:

1. acionou o Poder Judiciário, através do mandado de segurança nº 1999.6105.001741-7, 4ª Vara da Justiça Federal em Campinas/SP, para se ver protegida de possíveis sanções fiscais que pudessem impedi-la de obter as certidões negativas necessárias as suas atividades;
2. entende que a oração “... antes ou posteriormente à autuação ...” constante do Ato Declaratório Cosit nº 03, de 14 de fevereiro de 1996, se refere apenas aos contribuintes que estejam sofrendo cobrança por parte do Fisco e que por conta disso, tenham ingressado com alguma ação na justiça;
3. tanto a Lei nº 8.383/91, quanto a IN SRF nº 21/97, permitem a compensação dos tributos, não havendo inclusive, nenhuma proibição quanto a simultaneidade de processos nas áreas judiciária e administrativa.

Antes do ingresso da Manifestação de Inconformidade, a empresa requereu o processo de decisão judicial, cuja cópia encontra-se às fls. 40/46, onde lhe foi assegurado a compensação dos valores do Finsocial indevidamente recolhidos, “excluindo-se os pagamentos abarcados pelo prazo prescricional”.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ Campinas - SP não conheceu da manifestação de inconformidade da empresa postulante, nos termos do Acórdão DRJ/CPS nº 3.771, de 04/04/2003, cuja ementa abaixo transcrevo.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/03/1992

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - A propositura de ação judicial, antes ou após a solicitação de restituição/compensação, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento. Impugnação não Conhecida

O ilustre Relator do Acórdão assinala que já fora proferido sentença de mérito "autorizando que a impetrante proceda a compensação dos valores de Finsocial pagos indevidamente excedentes à alíquota de 0,5% com parcelas vincendas do PIS, da COFINS, do IRPJ e da Contribuição social Sobre o Lucro, o que demonstra a falta da necessidade do pleito administrativo".

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 09/05/2003, conforme AR de fls. 63.

Discordando da referida decisão de primeira instância, a empresa interessada apresentou, no dia 09/05/2003, o Recurso Voluntário de fls. 65/71, onde reprisa os argumentos da Manifestação de inconformidade e ainda:

1. Que tem o direito de esgotar todas as vias para garantir-lhe completa satisfação. A via administrativa é mais célere e, sendo-lhe favorável a decisão, esta é definitiva.
2. Ações com o mesmo objeto deixam de ser conexas quando se tem decisão em uma das esferas. E é o caso da Recorrente.
3. As normas que regulam o instituto da compensação tributária não vedam a possibilidade da concomitância de contendas administrativas e judiciais
4. Sendo o Poder Judiciário órgão independente e autônomo não há constrangimento algum em se resolver uma contenda na esfera administrativa, enquanto se aguarda decisão definitiva judicial.

A empresa interessada ofereceu bens para arrolamento, conforme Relação de fls. 72.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

O Processo foi a mim distribuído no dia 13/04/2003, conforme despacho exarado na última folha dos autos – fls. 75.

É o relatório.

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

VOTO

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Trata o presente de pedido de restituição/compensação da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, relativa à parcela recolhida acima da alíquota de 0,5% (meio por cento), no período de apuração de outubro de 1989 a abril de 1992. Os recolhimentos foram efetuados até maio de 1992.

A Delegacia da Receita Federal em Jundiaí - SP não conheceu do pedido em face da propositura, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importando renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

Pelas mesmas razões e fundamentos, a 5ª Turma de Julgamento da DRJ/Campinas/SP não conheceu da manifestação de inconformidade da empresa postulante, nos termos do Acórdão DRJ/CPS nº 3.771, de 04/04/2003

A Recorrente impetrou Mandado de Segurança com o escopo de reconhecer o direito à compensação acima referida. Em julgamento de mérito, foi-lhe concedido parcialmente a segurança, nos seguintes termos:

“Assim sendo, concedo parcialmente a segurança, consubstanciada nos argumentos jurídicos aduzidos na fundamentação, extinguindo o feito com julgamento de mérito (art. 269, inciso I do CPC), para reconhecer a inexigibilidade dos valores recolhidos a maior (meio por cento) a título de contribuição para o Finsocial, nos termos do art. 9º da Lei nº 7.689/88, art. 7º da Lei nº 7.787/89, do art. 1º da Lei nº 7.894/89 e do art. 1º da Lei nº 8.147/90, porquanto inconstitucionais, determinando que a impetrada se abstenha de promover qualquer ato contrário ou prejudicial à impetrante, por promover esta compensação tributária dos valores da contribuição ao Finsocial indevidamente recolhidos, regularmente comprovados nos autos, excluindo-se os pagamentos abarcados pelo prazo prescricional, com parcelas vincendas do PIS, da COFINS, do IRPJ ou da CSSL, até a absorção do crédito existente, resguardado ao Fisco o direito de promover a verificação da exatidão dos lançamentos efetuados”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

Ao contrário do que pretende a Recorrente, no presente caso, não se está impedindo que a mesma exerça seu direito de esgotar as vias administrativa e judicial na busca de seus pretensos direitos.

Como bem afirmou o Ilustre Relator do Acórdão Recorrido, o que não se admite é o instituto da dualidade de jurisdição, conforme enxerto abaixo.

“Registre-se que a via judicial é uma opção adotada pelo contribuinte no seu livre exercício de escolha. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, declara que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o instituto da dualidade de jurisdição, não podendo haver, sob nenhuma hipótese, a sobreposição da decisão administrativa à sentença judicial. Somente ao Poder Judiciário é dada a capacidade de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, com efeito de coisa julgada. Consagra-se, assim, o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário e o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo”.

“O exercício dessa faculdade produz, como efeito processual obrigatório, a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa. Destarte, em se discutindo o mesmo objeto concomitantemente em ambas esferas, o legislador reputou prudente a abstenção da autoridade administrativa em face da supremacia do Poder Judiciário. Por isso, a opção do contribuinte pela via judicial encerra o processo administrativo fiscal em definitivo, em qualquer fase”.

Sobre o mesmo assunto, transcrevo voto proferido no Acórdão DRJ/CTA nº 790, de 21/03/2002, que adoto:

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

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

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

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

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

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

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

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

Cabe ainda citar o Parecer PGFN n.º 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

"29. Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN nº 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos nºs 02-02.098, de 13/12/98, 01-02.127, de 17/03/97, e 03-03.029, de 12/04/99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 02/06/98, 101-92.190, de 15/07/98, 103-18.091, de 14/11/96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente argüição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular.

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

31. No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do

W

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela deduzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União; em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições.

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

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

34. Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto nº 70.235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de

RECURSO Nº : 128.197
ACÓRDÃO Nº : 302-36.202

primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições tout court) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso”.

Dessa forma, uma vez que o pedido original versa sobre a mesma matéria que está em discussão na esfera judicial, que tem a competência para dizer o direito em última instância, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa, não se deve conhecer da reclamação da interessada e indeferir o pedido de fls. 1 e 04/05.

Esta Colenda Segunda Câmara tem, reiteradamente, decido pela inadmissibilidade da concomitância de pleitos na esfera administrativa e judicial, como bem ilustra a Ementa do Acórdão nº 302-35.965, de 18/02/2004, que transcrevo.

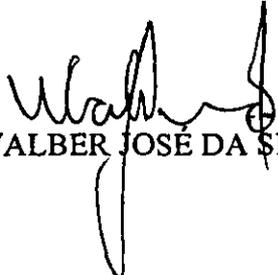
FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PREVALENÇA DA DECISÃO JUDICIAL.

Pelo princípio constitucional da unidade de jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/88), a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, passando o julgamento administrativo não mais fazer nenhum sentido. Somente a decisão do Poder Judiciário faz coisa julgada.

Ex Positis e por tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de não conhecer do Recurso.

Sala das Sessões, em 17 de junho de 2004


WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator