



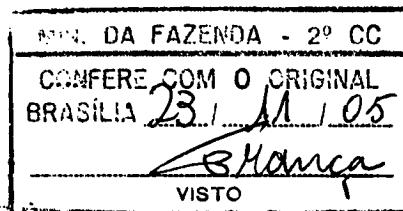
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10380.000655/2002-84
Recurso nº : 128.369
Acórdão nº : 204-00.530

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 02/06/06
VISTO *[Assinatura]*

2º CCMF
Fl.

Recorrente : MERCANTIL SÃO JOSÉ S/A.
Recorrida : DRJ em Fortaleza -CE



NORMAS PROCESSUAIS. CONCOMITÂNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A concomitância da discussão no Poder Judiciário implica em renúncia à instância administrativa de julgamento.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MERCANTIL SÃO JOSÉ S/A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2005.

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

H. Sá Munhoz
Flávio De Sá Munhoz
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, José Adão Vitorino de Moraes (Suplente), Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10380.000655/2002-84
Recurso nº : 128.369
Acórdão nº : 204-00.530

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 23 / M / 05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CCMF
Fl.

Recorrente : MERCANTIL SÃO JOSÉ S/A.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o Relatório da DRJ em Fortaleza - CE:

1. O contribuinte acima identificado ingressou junto à Delegacia da Receita Federal em Fortaleza/CE com pedido de restituição da Contribuição ao Programa de Integração Social – PIS, no valor de R\$ 1.377.338,80, referente aos períodos de jul./1988 a mar./1996, nos termos da petição inicial e demais anexos (fls. 01/61), sob o argumento de que efetuara o recolhimento da referida contribuição indevidamente, tendo em vista a constitucionalidade dos Decretos-lei nºs 2.445/88 e 2.449/88, bem como em função da Resolução do Senado Federal nº 49/95, que suspendeu a execução dos referidos Decretos-lei;

2. Ao apreciar o pedido, o órgão preparador (Delegacia da Receita Federal em Fortaleza/CE), através do Seort – Serviço de Orientação e Análise Tributária exarou em 23 de setembro de 2002 Despacho Decisório, indeferindo o pedido de restituição (fls. 167/168);

3. Inconformado com a referida decisão, da qual tomou ciência em 01/11/2002 (AR, fls. 170) o contribuinte ingressou em 20/11/2002 com manifestação de inconformidade (fls. 173/184), alegando, em síntese, que:

3.1 na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, que tem por objeto social a venda de mercadorias e/ou mercadorias e serviços, como tal, vinha contribuindo para o Programa de Integração Social – PIS, nos termos da Lei Complementar nº 07/70 e suas alterações, recolhendo citada contribuição à alíquota de 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento), incidente sobre o faturamento;

3.2 com a edição dos Decretos-lei nºs 2.445/88 e 2.449/88, passou a contribuir para o PIS à alíquota de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), sobre a receita operacional bruta. Todavia, os citados Decretos-lei foram declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sua eficácia sido suspensa pelo Senado Federal;

3.3 o julgado em apreço, além de causar grande polêmica e discussão doutrinária, gerou, também, a propositura, por parte dos contribuintes, de inúmeros pedidos de restituição requerendo a compensação dos valores pagos a maior a título de Contribuição ao PIS com débitos vencidos e/ou vincendos de contribuições e/ou imposto devidos ao Impugnado. Tal ocorreu com a impugnante, uma vez que os valores pagos a maior a título de PIS deverão ser restituídos, optanto, neste caso, pela restituição sob a forma de compensação;

3.4 a discussão acerca da restituição de indébitos tributários, encontra-se atualmente pacificada pelos nossos tribunais, que em inúmeros julgados têm reconhecido o direito dos contribuintes em proceder a compensação, conforme se pode constatar no Agravo de Instrumento nº 96.02.15542-6/RJ, cuja Ementa traz à colação, ressaltando inclusive que o Presidente da República sancionou o Decreto nº 2.138/97 pondo fim à controvérsia acerca da possibilidade de compensação, a teor do art. 1º do referido Decreto (fls. 174);



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10380.000655/2002-84
Recurso nº : 128.369
Acórdão nº : 204-00.530

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 23 / M / 05
VISTO

2º CCMF
FL.

3.5 entretanto, surpresa com a decisão exarada que propôs o indeferimento do pedido de restituição, fundamentada nos arts. 165, I e 168, I, do CTN, bem como no Ato Declaratório nº 96/99, conforme transcrita às fls. 175 dos autos, resta claro que as alegações propostas pela impugnada não devem prosperar, porquanto carecem de suporte jurídico, havendo um embarelhamento em suas próprias idéias, além de não se ter relevado o verdadeiro direito que assiste à reclamante, conforme adiante demonstrado:

3.5.1 em primeiro lugar, assevera, a alegação de prescrição do direito da reclamante à restituição pleiteada se afigura inteiramente inconsistente se posta em confronto com a legislação que dispõe quanto ao prazo de restituição do indébito daquilo que foi pago indevidamente em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do tributo em tela;

3.5.2 sendo, então, a Contribuição ao PIS, uma espécie tributária sujeita ao lançamento por homologação, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a repetição do indébito, se inicia após a extinção definitiva do crédito tributário, ou seja, após a homologação (tácita ou expressa) do Fisco, nos termos do art. 150, §§1º e 4º do CTN, não havendo, assim, amparo legal que convalide a decisão que negou-lhe o direito de reaver o indébito pago a título de PIS, sob a alegação de que o mesmo estaria fulminado pela decadência;

3.5.3 tal entendimento baseia-se no fato de que o prazo estabelecido para que o sujeito passivo possa pleitear a restituição do indébito, se extingue em 5 (cinco) anos, a contar da data em que se extingue definitivamente o crédito tributário, conforme aduzem os arts. 168, inciso I, e 156, inciso VII, do CTN;

3.5.4 com efeito, alega, cai por terra a engendrosa alegação da impugnada de que o tributo lançado pela reclamante já se extinguiu, já que a extinção definitiva do crédito tributário somente se opera com a homologação, que poderá ser expressa ou tácita, reitera;

3.5.5 assim, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para que a reclamante reaveja o indébito tributário somente começa a fluir a partir da extinção definitiva do crédito tributário, ou seja, pela homologação ao lançamento efetuado pelo sujeito passivo, significando dizer que a extinção do crédito tributário somente se opera com o pagamento antecipado e a respectiva homologação, tácita ou expressa, do Fisco, nos termos do art. 150, §§1º e 4º do CTN;

3.5.6 reforça seus argumentos, à luz da opinião do eminente Professor Hugo de Brito Machado segundo o qual tratando-se de pagamento antecipado, que ocorre nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o que extingue o crédito não seria o pagamento, mas a homologação, o que induz a reclamante a defender a tese segundo a qual o prazo para que possa pedir a restituição pode chegar a 10 (dez) anos, ou seja, 5 (cinco) anos para que haja a homologação tácita, mais 5 (cinco) anos para que o sujeito passivo possa reaver seus valores indevidamente pagos (fls. 178/179);

3.5.7 traz, também, à colação, teor das Ementas proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos Embargos Infringentes em REO nº 25.984-PB; pelo STJ no Recurso Especial nº 44.953-7-PR, relativos à restituição do empréstimo compulsório criado pelo Decreto-lei nº 2.288/86 (fls. 179/180); bem



Processo nº : 10380.000655/2002-84
Recurso nº : 128.369
Acórdão nº : 204-00.530

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 23/11/05
VISTO

2º CCMF
FI.

como a Ementa proferida pelo STJ no Recurso Especial nº 01374143-RS relativamente à restituição do Finsocial (fls. 180);

3.5.8 nesse caso, assevera, em decorrência da falta de homologação expressa, onde a prescrição seria realmente quinquenal e contada a partir da data do lançamento do crédito, está-se diante de um lançamento feito por homologação tácita, o que implica dizer que somente ocorreria o prazo prescricional se houvesse a ultrapassagem de 10 (dez) anos contados a partir do último dia do terceiro ano após o seu recolhimento, ressaltando que antes da referida homologação tácita não há que se falar em fluência do prazo prescricional, dado que tal contribuição não era ainda exigível pela Fazenda Nacional;

3.5.9 seu direito é ratificado pelo Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538/99, segundo o qual o prazo de restituição do tributo ou contribuição pago indevidamente nas condições apontadas nos autos extingue-se após o prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário, evidenciando, dessa forma, que a impugnada, ao negar-lhe tal direito, quer apenas obstaculizar o direito que milita em seu favor, inferindo-se, portanto, que a prescrição só começa a contar após cinco anos da extinção definitiva do crédito tributário;

3.6 – por outro lado, se for considerada a tese alegada pela Impugnada de que lei posteriormente declarada pelo Supremo Tribunal Federal, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, torna-se ainda mais claro o direito da reclamante, porquanto os Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449, foram declarados inconstitucionais pelo STF, tendo sua eficácia sido suspensa por meio da Resolução nº 49/95, do Senado Federal, de sorte que a prescrição somente estará presente em 2005, caracterizando-se, desta forma, as impropriedades cometidas pelo Impugnado ao alegar tal fato, reforçando tal entendimento à luz do posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, proferido no julgamento da Apelação Civil nº 162.088/SE, cuja Ementa transcreve (fls. 182/183);

3.7 - não acatados os argumentos já explanados, ressalta que a prescrição foi interrompida quando impetrou Mandado de Segurança, processo nº 92.11888-7, que tramitou perante a 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, com vistas a deixar de pagar o PIS, face a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.445/88, a partir de julho de 1988, em que entrou em vigor a nova sistemática, na qual a reclamante foi vitoriosa em parte, conforme sentença confirmada através de acórdão em Remessa Ex Officio nº 45.090-CE, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, já transitada em julgado em 15/05/94 (Doc. 1, fls. 185/186);

3.8 - impetrou também outro Mandado de Segurança, tombado sob o nº 2001.5442-2, em tramitação perante a 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, a fim de ver reconhecido o seu direito de proceder à compensação dos valores recolhidos a maior a título de PIS, exigidos de acordo com a sistemática prevista nos Decretos-lei nºs 2.224/88 e 2.449/88, com débitos de contribuições e/ou impostos vencidos e/ou vincendos arrecadados pela SRF, sendo igualmente reconhecida a inclusão em seu crédito, além da correção monetária, dos expurgos inflacionários apurados pelo IBGE (IPC/INPC), e demais acessórios (juros de 1% ao mês, taxa Selic), a partir do trânsito em julgado da decisão final (art. 167 do CTN);



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10380.000655/2002-84
Recurso nº : 128.369
Acórdão nº : 204-00.530

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE CCM O ORIGINAL
BRASÍLIA 23/11/05
VISTO

2º CCMF
FI.

3.9 – nesse sentido, ao impetrar o Mandado de Segurança nº 92.11888-7, a prescrição foi interrompida, conforme preceitua o §1º do artigo 219, do CPC e, especificamente, o art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Neste sentido, já decidiu a 2ª Turma do TRF 5ª Região, quando do julgamento da AC nº 80.740/SE (fls. 183/184).

3.10 Diante do exposto, requer a procedência da presente manifestação de inconformidade a fim de que se reforme o despacho ora guerreado e que seja reconhecido o seu direito de proceder à compensação dos valores que foram pagos a maior a título de PIS, no período considerado, uma vez que o indébito tributário não se encontra prescrito.

A DRJ em Fortaleza -CE deixou de conhecer da manifestação de inconformidade apresentada, em razão da concomitância da discussão nos âmbitos administrativo e judicial, em decisão assim ementada:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1988, 1996

Ementa: Restituição/Compensação. Renúncia às instâncias administrativas.

A opção pela via judicial importa renúncia às instâncias administrativas, não cabendo conhecer das razões de defesa quanto à matéria sob o crivo do Poder Judiciário.

A propositura de ação judicial afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre a matéria objeto da pretensão judicial, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não se conhecendo da impugnação apresentada.

Impugnação não conhecida

Contra a referida decisão, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário tempestivo que não foi acompanhado de arrolamento de bens, em razão de tratar-se de pedido de restituição.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10380.000655/2002-84
Recurso nº : 128.369
Acórdão nº : 204-00.530

MIN. DA FAZENDA - 2º CC	
CONFERE COM O ORIGINAL	
BRASÍLIA	28/11/05
VISTO	

2º CCMF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

Tratam os presentes autos de pedido de restituição/compensação, protocolado em 15/10/2003, em decorrência de recolhimentos indevidos procedidos a título de Contribuição ao PIS.

Ocorre que o pedido de restituição formulado no presente processo foi objeto de ação judicial proposta pela Recorrente, conforme informado por ela na manifestação de inconformidade (fl. 183) e no recurso voluntário (fls. 253/261, equivocadamente autuadas como 153/161).

A Recorrente ajuizou o Mandado de Segurança nº 92.11888-7 perante a 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará “com vistas a deixar de pagar a exação para o PIS” (fl. 183). Referida ação foi julgada parcialmente procedente por decisão que transitou em julgado em 15 de maio de 1994.

Posteriormente, a Recorrente impetrou o Mandado de Segurança nº 2001.5442-2, em tramitação perante a 10ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, “com vistas de que seja reconhecido o seu direito de proceder à compensação dos valores recolhidos a maior, relativos ao PIS, que foram exigidos de acordo com a sistemática prevista nos decretos-leis nº 2.445 e 2.449/88, com débitos e/ou contribuições e impostos devidos ao Impugnado, sendo igualmente reconhecida a inclusão de seu crédito, além da correção monetária, dos expurgos e índices inflacionários apurados pelo IBGE (IPC/INPC), dos juros de 1% ao mês, a partir de cada pagamento a maior, calculados até 31.12.95; da Taxa Selic a partir de 01.01.96, cumulativamente com os juros moratórios de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão final (art. 167 do CTN)”.

Como se vê, o pedido de restituição/compensação é objeto de ação judicial, pelo que não pode ser apreciado por este órgão administrativo.

A concomitância da discussão no âmbito judicial impede o conhecimento da questão na esfera administrativa.

É que, apesar de autônomas as instâncias, a dupla discussão fere o princípio da jurisdição una, estabelecido pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88, conforme bem apontam Marcos Vinícius Neder e Maria Teresa Martinez Lópes¹.

Os Conselhos de Contribuintes, no entanto, têm, reiteradamente, decidido que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto acarreta a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto², sob o fundamento de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988.

¹ Processo Administrativo Fiscal Federal Anotado, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, pp. 207/208.

² Nota de rodapé dos autores: “Neste sentido, veja-se Ato Declaratório Normativo nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, e Portaria nº 258, de 24 de agosto de 2001, art. 26”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10380.000655/2002-84
Recurso nº : 128.369
Acórdão nº : 204-00.530

M. DA FAZENDA - 2º CC	
CONFERE COM O ORIGINAL	
BRASÍLIA	23 / M / 05
VISTO	

2º CCMF
FI.

E, mais adiante, continuam os renomados autores:

A superação da 'renúncia administrativa' tem-se verificado, no entanto, quando a matéria já está pacificada pelos tribunais superiores. Nesta hipótese, já que não há dúvidas quanto ao desfecho final da lide judicial e, em respeito à economicidade do processo fiscal, os julgadores administrativos têm conhecido e provido os recursos³.

Não se pode admitir a discussão concomitante nas esferas administrativa e judicial, também em face da possibilidade de adoção de decisões conflitantes, o que seria contrário ao ordenamento jurídico, em razão da insegurança que decorreria de tal situação.

A matéria submetida ao Poder Judiciário não pode ser apreciada no âmbito administrativo, ainda que os motivos alegados para o afastamento da norma sejam diversos. A preclusão diz respeito à matéria e não aos motivos que justifiquem a tese sustentada.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2005.


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ //

³ Op. cit. p. 208