



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

V - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 25 / 03 / 2004
Rubrica:

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

Recorrente : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito debatida no âmbito da ação judicial.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. Não há que se falar em nulidade, quando ausentes os pressupostos para tal ocorrência previstos no Decreto nº 70.235/72, regulador do Processo Administrativo Fiscal. **Preliminar rejeitada.**

PIS. CRÉDITOS DECORRENTES DOS DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. PRAZO PARA RESTITUIÇÃO. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos contados da Resolução nº 49/95 do Senado Federal, que declarou inconstitucionais aqueles dispositivos.

SEMESTRALIDADE. Tendo em vista a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no âmbito administrativo, impõe-se reconhecer que a base de cálculo do PIS, até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e provido parcialmente na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração; e b) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a semestralidade.

Sala das Sessões, em 15 de maio de 2003

Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente

Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Eaal/cf



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

Recorrente : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 83/86, lavrado contra a contribuinte tendo em vista a falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS.

(...)

2. *Na descrição dos fatos, o fiscal autuante esclarece, in verbis:*

1) Valores apurados correspondentes as insuficiências de recolhimentos do PIS – Programa de Integração Social, conforme itens 1 a 3.4 e 6 e 6.1 a) do anexo “Termo de Verificação”, relativas aos períodos de apuração de 10/93 a 09/95 e 11/95, obtidas por imputação dos valores recolhidos aos valores devidos da Contribuição, sem os efeitos dos DD LL 2.445/88 e 2.449/88 inconstitucionais.

2) Insuficiências de recolhimentos do PIS – Programa de Integração Social, ocasionadas por apropriação de créditos inexistentes do PIS para compensação do próprio PIS, conforme itens 1 a 3.4, 6., 6.1 b) e 6.2 do anexo “Termo de Verificação”, relativas aos períodos de apuração de 06/96 a 04/98, obtidas a partir da imputação dos créditos válidos e recolhimentos efetuados aos débitos da Contribuição.

3. *No Termo de Verificação de fls. 54/66 o fiscal autuante esclarece que a fiscalização se deu em decorrência dos Processos de Acompanhamento Judicial nºs 10880.009563/97-18 (Ação Declaratória 96.0018648-0, 19ª V.F.) e 10880.020566/96-41 (Medida Cautelar nº 96.0014052-9, da 19ª V.F.), que versam sobre a compensação da contribuição ao PIS – Programa de Integração Social, com a própria contribuição e detalha como a fiscalização chegou aos valores lançados.*

4. *Intimada no próprio Auto de Infração, em 27 de outubro de 1998, a contribuinte apresentou sua Impugnação de fls.89/111, de 24 de novembro de 1998, por intermédio de seu advogado, procuração fls. 112/113, requerendo a improcedência do auto de infração, alegando que:*

4.1. ajuizou a Medida Cautelar Inominada, Processo nº 96.0014052, distribuída para 19ª Vara Federal de São Paulo, na qual visou a concessão de liminar, que foi deferida em 30 de maio de 1996, para compensar, sem os



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

requisitos da IN 67/92, o PIS indevidamente recolhido com o próprio PIS, a fim de evitar irreparáveis prejuízos. O juiz julgou improcedente a ação, porém a 3ª Turma do TRF da 3ª Região apreciou o Recurso de Apelação interposto para julgar procedente a ação. Portanto, o direito à compensação da contribuição ao PIS com o próprio PIS, está plenamente garantido;

4.2. insurge-se contra os critérios adotados pela fiscalização, pois esta não se utilizou como base de cálculo o faturamento do 6º mês anterior ao de competência, prevista no parágrafo único, do art. 6º da Lei Complementar 7/70 e citou jurisprudência que corrobora com seu entendimento;

4.3. equivocou-se o agente fiscal ao glosar a prescrição quinquenal da contribuição ao PIS, para os efeitos da compensação, objeto do presente auto de infração, pois, é a mesma decenal, eis que o prazo de prescrição para a propositura da ação de repetição de indébito referente ao PIS é de 10 anos face ao disposto no artigo 3º, do Decreto-lei nº 2.052, de 03 de agosto de 1983, sendo reconhecido este prazo pelo Conselho de Contribuintes e cita jurisprudência;

4.4. de acordo com o art. 168, I, do CTN, o direito do contribuinte pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, prescreve em 5 anos, contados da extinção do crédito e o STJ entende que os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, que é o caso do PIS, o direito a pedir restituição somente ocorre decorridos cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para apuração do tributo devido. Cita jurisprudência;

4.5. o fiscal autuante se equivocou ao considerar em seus cálculos, valores supostamente insuficientes, corrigidos somente através da BTNF e da UFIR, eis que nos cálculos dos valores compensados pela contribuinte devem os valores ser corrigidos com os índices expurgados que reflitam a inflação verificada no período em questão. Aliás, a aplicação do IPC é jurisprudência pacificada e sedimentada no âmbito dos Tribunais Superiores."

A DRJ em Campinas - SP proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita

adiante:

"Ementa: PIS. BASE DE CÁLCULO. FATO GERADOR. A base de cálculo vincula-se ao fato tributável para que surja a obrigação tributária. Aquela há de retratar, em valores, a real dimensão do fato gerador, pelo que o art. 6º da Lei Complementar 7, de 1970, veicula norma sobre prazo de recolhimento e não regra especial sobre base de cálculo retroativa da referida contribuição ao PIS, conforme Parecer PGFN/CAT/nº 437/98, aprovado pelo Ministro da Fazenda.



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA. O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a autuada recorre a este Conselho, repisando argumentos expendidos na peça impugnatória, especificamente:

COMO PRELIMINAR DE NULIDADE:

- o Poder Judiciário já conferiu o seu direito à compensação;
- o auto deve ser anulado porque a matéria já está sendo discutida na esfera judicial;
- uma vez suspensa a exigibilidade do crédito, o Fisco não pode exigir o mesmo através do lançamento;
- o auto de infração e a conseqüente decisão de primeira instância são nulos, por não discriminarem a origem dos valores cobrados, não conterem as formalidades legais, com ofensa ao direito à ampla defesa (CF); e
- a contribuinte não foi intimada a prestar esclarecimentos.

COMO MÉRITO:

- requer a semestralidade do PIS;
- o prazo para repetição do indébito é de dez anos, conforme jurisprudência que cita; e
- o critério para correção dos créditos pelo FISCO não é correto, pois a inflação não pode ser desprezada, devendo a SELIC ser aplicada aos valores a serem compensados.

É o relatório.



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES**

A peça recursal é tempestiva e preenche as demais condições de admissibilidade.

DA OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

Preliminarmente, compulsando as peças processuais, constata-se que, conforme documentação de fl. 123 (Medida Cautelar Inominada), a contribuinte submeteu ao Judiciário a compensação de valores recolhidos a maior a título de PIS (Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88), inclusive questionando a legalidade da Instrução Normativa 67/92 da SRF, e as suas limitações, inclusive no tocante à necessidade de autorização administrativa para compensação (fl. 165, Relatório Judicial).

Constata-se também, à fl. 173, a existência de Ação Declaratória cumulada com Pedido de Repetição de Indébito, nos mesmos termos da Medida Cautelar, inclusive com indicação do índice de correção pleiteado – fl. 200.

Desta forma, a matéria compensação de valores recolhidos a maior de PIS decorrentes da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, com a correspondente correção, foi submetida ao Poder Judiciário, sobre o que tecemos a seguir alguns comentários.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário (Forense, 1987), leciona que:

"d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperava, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança."



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

E Alberto Xavier, no seu “Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Forense, 1997, ensina:

“Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário.

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial.

Sobre este assunto, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT 03, de 14 de fevereiro de 1996:

“(…)

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

(…)

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

(…)

d) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

(…)”.

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *verbis*:



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

"(...)

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e, nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retornar-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – "O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)" (MOACYR AMARAL SANTOS, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 2ª Vol., ed. 1977, nº 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, "a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação".

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 ("Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...").

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

(...)" (grifos do original)

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria recursal, referente à compensação e à correção dos créditos, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

DA PARTE CONHECIDA.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE.

A autuação foi procedida conforme as formalidades legais exigidas, com ênfase no cumprimento do disposto no Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, diploma legal norteador do Processo Administrativo Fiscal. Do ponto de vista formal, pois, está revestido das condições de legalidade o presente processo.

A descrição dos fatos, enquadramento legal e demonstrativos elaborados pelo Fisco estão dispostos às fls. 84/86, bem como constam dos autos intimações para a contribuinte sobre esclarecimentos.



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

Entendemos, pois, não conter nenhum vício que macule o procedimento em estudo.

Sobre a alegação de cerceamento do direito de defesa, bem como da não observância do princípio do contraditório fiscal, são fatos que não cabem assentimento, visto que na intimação do Auto de Infração (fl. 83), é facultado à contribuinte recolher ou impugnar o débito para com a Fazenda Nacional constituído pelo referido Auto de Infração. E tanto foi dado o direito de defesa como a oportunidade para apresentação do contraditório, sendo que a contribuinte apresentou sua impugnação com liberdade para defender-se da melhor maneira que lhe conviesse.

Também não procede a alegação de que a suspensão de exigibilidade do crédito por não se constituir, no caso concreto, nesta hipótese, o que afasta quaisquer considerações sobre o assunto.

Não há, pois, nos termos do que prevê o Decreto nº 70.235/72, artigo 59, que se dar assentimento a alegações contraditórias trazidas aos autos sem fundamentos que possam levar à nulidade do procedimento fiscal.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade.

DO PRAZO PARA REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

Quanto à questão do prazo para repetição do indébito, já se constitui em entendimento desta Câmara que, com relação aos créditos decorrentes da Resolução nº 49/95 do Senado Federal, que declarou inconstitucionais os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, guarda como termo inicial a própria publicação daquele ato, nos termos do artigo 168 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

Entendo, pois, que procedem, em parte, as alegações recursais, neste aspecto, devendo ser considerado, para fins da compensação ora analisada, o termo inicial de contagem do prazo mencionado como sendo a publicação da Resolução nº 49/95 do Senado Federal.

DA SEMESTRALIDADE.



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

Quanto à semestralidade, matéria suscitada no recurso, a Câmara, pacificamente, tem entendido que deva ser aplicada na apuração dos créditos de PIS decorrentes da inconstitucionalidade dos referidos Decretos-Leis.

Transcrevo excertos do voto da Exma. Ministra Eliana Calmon, ilustre relatora do RE nº 144.708 – Rio Grande do Sul (1997/0058140-3), de 29/05/2001, que esclarece, de forma definitiva, a questão:

“Sabe-se que, em relação ao PIS, é a Lei Complementar que, instituindo a exação, estabeleceu fato gerador, base de cálculo e contribuintes.

[...]

Doutrinariamente, diz-se que a base de cálculo é a expressão econômica do fato gerador. É, em termos práticos, o montante, ou a base numérica que leva ao cálculo do quantum devido, medido este montante pela alíquota estabelecida.

Assim, cada exação tem o seu fato gerador e a sua base de cálculo próprios.

Em relação ao PIS, a Lei Complementar nº 07/70 estabeleceu duas modalidades de cálculo, ou forma de chegar-se ao montante a recolher:

[...]

Assim, em julho, o primeiro mês em que se pagou o PIS no ano de 1971, a base de cálculo foi o faturamento do mês de janeiro, no mês de agosto a referência foi o mês de fevereiro e assim sucessivamente (parágrafo único do art. 6º).

Esta segunda forma de cálculo do PIS ficou conhecido como PIS SEMESTRAL, embora fosse mensal o seu pagamento.

[...]

[...] o Manual de Normas e Instruções do Fundo de Participação PIS/PASEP, editado pela Portaria nº 142 do Ministro da Fazenda, em data de 15/07/1982 assim deixou explicitado no item 13:

‘A efetivação dos depósitos correspondentes à contribuição referida na alínea “b”, do item I, deste Capítulo é processada mensalmente, com base na receita bruta do 6º (sexto) mês anterior (Lei Complementar nº 07, art. 6º e § único, e Resolução do CMN nº 174, art. 7º e § 1º).’

A referência deixa evidente que o artigo 6º, parágrafo único não se refere a prazo de pagamento, porque o pagamento do PIS, na modalidade da alínea “b” do artigo 3º da LC 07/70, é mensal, ou seja, esta é a modalidade de recolhimento.

[...]

Conseqüentemente, da data de sua criação até o advento da MP nº 1.212/95, a base de cálculo do PIS FATURAMENTO manteve a característica de semestralidade.

[...]



Processo nº : 10875.002629/98-91
Recurso nº : 122.902
Acórdão nº : 203-08.919

O normal seria a coincidência da base de cálculo com o fato gerador, de modo a ter-se como tal o faturamento do mês, para pagamento no mês seguinte, até o quinto dia.

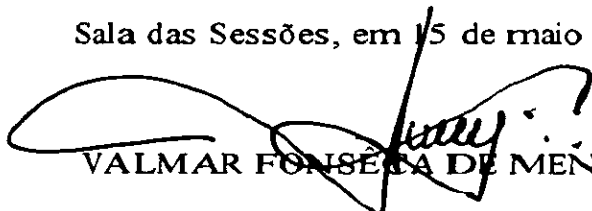
Contudo, a opção legislativa foi outra. E se o Fisco, de moto próprio, sem lei autorizadora, corrige a base de cálculo, não se tem dúvida de que está, por via oblíqua, alterando a base de cálculo, o que só a lei pode fazer."

Tendo em vista a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no âmbito administrativo, impõe-se reconhecer que a base de cálculo do PIS, até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Reconheço, pois, o direito da recorrente à apuração da Contribuição devida ao PIS, no período constante no processo, à alíquota de 0,75%, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, ou seja, considerando a semestralidade da base de cálculo, sem aplicação de correção.

Por todo o exposto, voto no sentido de não ser conhecido, em parte, o recurso, por opção pela via judicial, e, na parte conhecida, de ser rejeitada a preliminar de nulidade e, no mérito, dado provimento parcial ao recurso para admitir o prazo para pleitear a restituição a partir da publicação da Resolução nº 49/95 do Senado Federal e a semestralidade do PIS, nos termos expostos anteriormente.

Sala das Sessões, em 15 de maio de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES