



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11007.000415/2004-71
Recurso nº 248.087 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.586 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de fevereiro de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.
Recorrente SÉRGIO DANTAS & CIA. LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/1994 a 31/01/2004

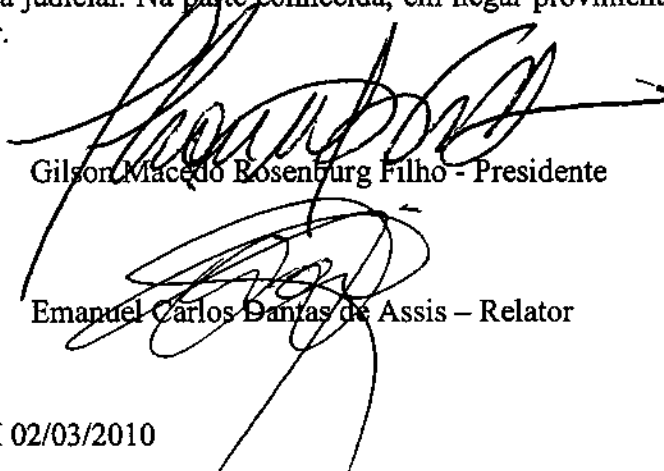
NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA.

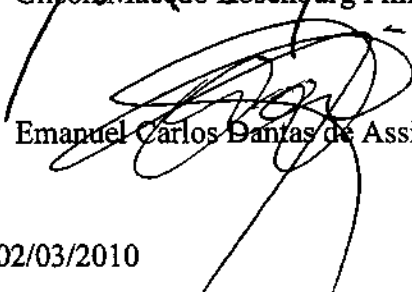
O contribuinte que busca a tutela jurisdicional abdica da esfera administrativa, quando em ambas trata do mesmo objeto.

Recurso não conhecido em parte, em face da opção pela via judicial, e na parte conhecida negado provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto a matéria referente à isenção da Cofins em face da opção pela discussão na via judicial. Na parte conhecida, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis – Relator

EDITADO EM 02/03/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente), Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

O processo trata do Pedido de Restituição de fl. 01, protocolizado em 11/05/2004 e relativo a indébito da Cofins nos períodos de apuração de 01/03/1994 a 31/01/2004, recolhidos entre 08/04/1994 e 13/02/2004 conforme demonstrativo de fls. 42/51 e cópias de DARF às fls. 52/106.

Alega a contribuinte a isenção estatuída no art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91, própria das sociedades civis (atualmente sociedades simples) de profissão regulamentada.

Ao Pedido de Restituição foram cumuladas Declaração de Compensações.

O órgão de origem, levando em conta o Mandado de Segurança nº 2004.71.06.001850-0, impetrado pela requerente em 14/06/2004 (ver fl. 323), aplicou o art. 170-A do CTN, introduzido pela LC nº 104/2001, e não as admitiu. Considerou **não homologadas** as Declarações de Compensações (DCOMP) entregues entre 15/06/2004 e 09/11/2004, em razão da alínea "d" do inc. II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, modificado pela Lei nº 11.051, de 29/12/2004, e **não declaradas** (que não extinguem o crédito tributário sob ulterior homologação nem constituem confissão de dívida, observou o órgão de origem) as entregues entre 06/01/2005 e 16/11/2005, por serem posteriores à Lei nº 11.051/2004.

Também determinou fosse adotadas as medidas cabíveis, visando a cobrança dos débitos constantes das referidas Declarações de Compensação.

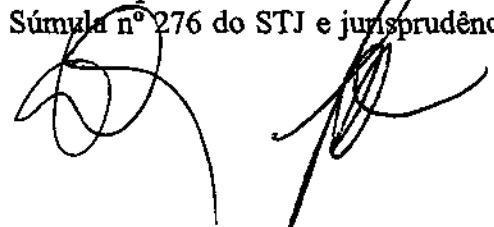
A DRJ não conheceu da Manifestação de Inconformidade, por verificar renúncia a esta instância administrativa quando impetrada a ação mandamental.

No Recurso Voluntário, tempestivo, o contribuinte insiste na restituição e compensações pleiteadas, contestando o acórdão recorrido e arguindo, em essência, o seguinte:

- os pedidos do Mandado de Segurança e deste processo administrativo são distintos, porque o provimento judicial perquirido refere-se à inexigibilidade da Cofins, enquanto a solicitação administrativa tem como escopo a restituição de valores pagos indevidamente a título da Contribuição;

- a Constituição Federal prevê a obrigatoriedade de se conceder, na esfera administrativa ou judicial, amplo direito de defesa, com os recursos a ela inerentes e obediência ao devido processo legal e ao contraditório;

- a Recorrente é sociedade isenta da Cofins, nos termos do art. 6º, II, da LC nº 70/91, que não pode ser revogada pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96 por ser este veículo normativo ordinário. Em favor de seu entendimento menciona a Súmula nº 276 do STJ e jurisprudência correlata;



- tem direito subjetivo à compensação pleiteada, cuja prescrição é decenal;
- os órgãos administrativos têm competência para julgar inconstitucionalidades.

É o relatório

Voto

Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72.

Todavia, cabe conhecê-lo apenas em relação à defesa de que não haveria concomitância com a via judicial. No mais, em virtude de identidade com o Mandado de Segurança nº 2004.71.06.001850-0, impetrado logo depois do Pedido administrativo, não deve ser conhecido.

Como bem constatou a decisão recorrida e é fácil verificar na petição inicial, a ação mandamental “visa o **afastamento de quaisquer óbices que possam ser impostos pela autoridade coatora no sentido de impedir a impetrante de obter plena restituição**, pelo procedimento de compensação de valores, referentes aos recolhimentos efetuados a título de COFINS.” (fl. 109). Na mesma folha, imediatamente acima, a ora Recorrente afirma que a impetrante pretende “ver reconhecido seu direito à referida isenção, bem como se ressarcir, da melhor forma que entender, dos recolhimentos indevidos efetuados ao erário público.”

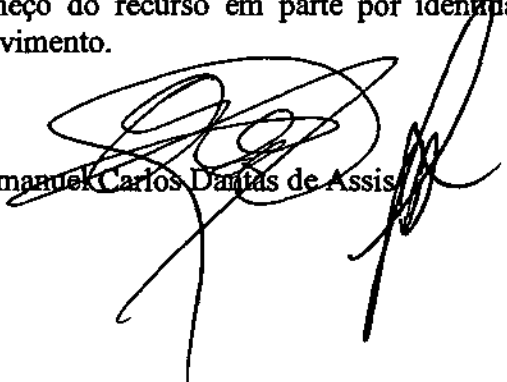
A Recorrente, ao afirmar haver diferença porque neste processo administrativo se busca a restituição de valores pagos indevidamente a título da Cofins, esquece que a repetição depende por completo do direito reconhecido na via mandamental. Tem-se, assim, situação típica de continência, consoante o art. 104 do Código de Processo Civil, que informa:

Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Interposta a ação mandamental, houve renúncia tácita a este processo administrativo. Assim acontece em virtude do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, a ser observado com rigor. Sua eficácia plena foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar por sua constitucionalidade.

Ao finalizar, em 16/08/2007, os julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 233.582, 234.277, 234.798, 267.140 e 389.893, a respeitável posição do Min. Marco Aurélio, pela inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, restou vencida (ele foi acompanhado pelo Min. Carlos Britto, apenas). Nesses julgamentos, votaram pela constitucionalidade da norma extraída do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, este último designado para redigir o Acórdão.

Pelo exposto, e tendo em vista o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, não conheço do recurso em parte por identidade com a via judicial, e na parte conhecida nego provimento.



Emanuel Carlos Dantas de Assis