



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicação no Diário Oficial da União
de 08 / 08 / 2003
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11030.001420/99-86

Recurso nº : 119.867

Acórdão nº : 203-08.621

Recorrente : E.E. FRACASSO E CIA. LTDA.

Recorrida : DRJ em Santa Maria - RS

NORMAS PROCESSUAIS. AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. A busca da tutela do Poder Judiciário não obsta a formalização do lançamento. A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial.

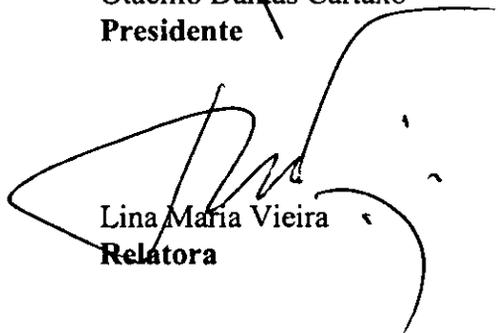
Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
E.E. FRACASSO E CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.**

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2002


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Lina Maria Vieira
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes (Suplente), Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Maria Cristina Roza da Costa e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Iao/cf



Processo nº : 11030.001420/99-86

Recurso nº : 119.867

Acórdão nº : 203-08.621

Recorrente : E.E. FRACASSO E CIA. LTDA.

RELATÓRIO

Recorre o contribuinte nos autos qualificado a este Colendo Conselho da decisão proferida pela 2ª Turma da DRJ em Santa Maria – RS, que, por unanimidade de votos, não tomou conhecimento da impugnação, em relação à matéria discutida junto ao Poder Judiciário, e julgou procedente o lançamento, consubstanciado no auto de infração de fls. 02 e seguintes, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, nos períodos de apuração de novembro de 1997 a fevereiro de 1998, por infringência aos arts. 3º, “b”, da LC nº 7/70; 1º, parágrafo único, da LC nº 17/73, 2º, I, 3º, 8º, I e 9º, da MP nº 1.249/95 e suas reedições, convalidadas pela Lei nº 9.715/98.

Inconformada com a autuação a interessada apresenta, tempestivamente, e representada por procurador habilitado (fl. 134), a impugnação de fls. 47 a 76, alegando que efetuou os recolhimentos com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que não só foram suficientes como resultaram em indébito em seu favor, tendo em vista o disposto no art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70.

Invocando manifestações doutrinárias a respeito do fato gerador do PIS, apresenta precedentes judiciais, administrativos e legais sobre a semestralidade do PIS, enfatizando a desnecessidade de pedido à SRF para efetuar a compensação de tributos e contribuições que foram pagos a maior ou indevidamente, trazendo à colação diversos julgados do TRF, STJ e Conselhos de Contribuintes sobre a matéria.

Por fim, pede a correção integral dos créditos, consolidados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ratificados pelas Súmulas nºs 32 e 47 do TRF da 4ª Região, bem como a aplicação da Taxa SELIC a partir de 01.01.96, nos termos do art. 39 da Lei nº 9.250/95.

Às fls. 77 a 130 a impugnante anexa os DARF de recolhimento da Contribuição ao PIS, do período de 10.01.1989 a 13.10.1995 e de 30.11.1997 a 28.02.1998.

Julgando o feito, às fls. 137 a 141, a 2ª Turma da DRJ em Santa Maria – RS, por unanimidade de votos, não tomou conhecimento da impugnação, em relação à matéria discutida junto ao Poder Judiciário, e julgou procedente o lançamento, cuja ementa encontra-se assim vazada:

“(…)

Período de apuração: 01/11/1997 a 28/02/1998

Ementa: OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.



Processo nº : 11030.001420/99-86

Recurso nº : 119.867

Acórdão nº : 203-08.621

A opção do contribuinte pela via judicial implica a renúncia da discussão da mesma matéria na esfera administrativa.

COMPENSAÇÃO.

Havendo a impetração de medida judicial com o objetivo de apurar a liquidez do crédito do contribuinte e autorizar a compensação, somente após a existência de decisão autorizativa pode efetivar-se a compensação.

Lançamento Procedente”.

Irresignada, com guarda de prazo, e representada por procurador habilitado, a recorrente apresenta sua defesa, às fls. 146 a 156, acompanhada de arrolamento de bens, à fl. 157, nos termos do art. 33, § 3º, da MP nº 1.673-62. Argüi que a presente autuação é decorrente de glosa de compensação efetuada pela fiscalização, sob a alegação de falta de sentença judicial favorável à pretensão da recorrente, frisando que a decisão recorrida declarou-se impedida de se manifestar sobre questões levadas à apreciação do Poder Judiciário, restando debater, portanto, sobre dois pontos:

- a) da necessidade de prévia autorização judicial ou administrativa para a recorrente promover a compensação administrativa dos créditos objeto de reconhecimento judicial; e
- b) dos efeitos da sentença declaratória do direito da recorrente ao crédito e à compensação desse crédito com o próprio PIS.

Com relação ao item “a”, pede a reforma de decisão *a quo*, tendo em vista que a compensação independe de prévio requerimento ou autorização administrativa ou judicial, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, trazendo à colação inúmeros julgados administrativos e judiciais.

Quanto ao item “b” pondera que a ação judicial interposta tem natureza meramente declaratória, cujos efeitos retroagem à data da propositura da ação, não procedendo a alegação de que a recorrente somente poderia promover a compensação após obter autorização judicial definitiva, pois a compensação independe de autorização.

À fl. 157, Termo de Arrolamento de Bens e Direitos estabelecido pela IN SRF nº 26, de 06 de março de 2001, devidamente averbado, nos termos do art. 64, § 5º, da Lei nº 9.532/97.

É o relatório.



Processo nº : 11030.001420/99-86
Recurso nº : 119.867
Acórdão nº : 203-08.621

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LINA MARIA VIEIRA

O recurso é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Como relatado, trata o presente processo de falta de recolhimento da Contribuição ao PIS, nos períodos de apuração de novembro de 1997 a fevereiro de 1998, em virtude de glosa de compensação decorrente de recolhimentos efetuados com base nos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, com pedido de reconhecimento da semestralidade e embasada em ação judicial intentada pelo contribuinte.

Do retrospecto das ações judiciais interpostas pela recorrente junto ao Poder Judiciário constata-se o seguinte:

1. ingressou a recorrente, em 06.10.1997, com Ação Declaratória, cumulada com Ação Ordinária de Compensação, de nº 97.1202303-6, requerendo tutela antecipada, com o objetivo de efetuar a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS, nos termos dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, em conta corrente fiscal, com parcelas vincendas do próprio PIS, nos moldes da MP nº 1.212/95, utilizando-se da atualização monetária plena e da Taxa SELIC; a declaração de inconstitucionalidade de referidos decretos-leis; o direito de calcular o PIS na forma da LC nº 7/70, considerando como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao de referência, sem correção da base de cálculo; e a declaração de inocorrência da decadência e de ilegalidade da IN nº 67/92;

2. após rejeitar as preliminares suscitadas, acolher a prescrição/decadência em relação aos valores recolhidos anteriormente a setembro de 1988 e reconhecer a inconstitucionalidade das alterações promovidas pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, na sistemática da Contribuição para o PIS (cuja base de cálculo deve sofrer atualização monetária), o Juiz da 1ª Vara Federal de Passo Fundo/RS julgou parcialmente procedente o pedido e declarou o direito à compensação com parcelas vincendas do mesmo tributo, com incidência, sobre o indébito, de correção monetária obedecendo à evolução ORTN/OTN/BTN/UFIR, nos períodos explicitados, sendo que a partir de janeiro de 1996 incidirá somente a Taxa SELIC e mais os expurgos inflacionários de janeiro de 1989, março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991, sendo os juros moratórios devidos na forma do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, condenando a União ao pagamento de metade das custas e de honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa atualizado, sendo o processo remetido ao Superior Tribunal de Justiça, em 20.02.2002, conforme doc. fls.163;

3. com o intuito de verem reformada a sentença acima mencionada, a interessada e a União interpuseram apelação ao TRF da 4ª. Região, (Apelação Cível nº. 2001.04.01.022527-8/RS), a primeira buscando o reconhecimento de que o indébito deve ser apurado com base nas disposições constantes da Lei Complementar nº 07/70, que prevê a incidência da exação sobre o



Processo nº : 11030.001420/99-86
Recurso nº : 119.867
Acórdão nº : 203-08.621

faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem atualização monetária da base de cálculo e a União sustentando a ocorrência de prescrição quinquenal, a inexistência de liquidez do crédito a autorizar a compensação e o descabimento da inclusão dos expurgos inflacionários, da Taxa SELIC e de juros de mora, estes cabíveis apenas a partir do trânsito em julgado; e

4. a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgando a Apelação Cível nº 2001.04.01.022527-8/RS (fls.165/170), reconheceu, dentre outras questões, a inconstitucionalidade das alterações impostas ao PIS pelos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e determinou a incidência de correção do tributo – devido pela LC nº 7/70 – desde sua apuração, a partir da Lei nº 7.691/88, conforme o voto constante às fls. 167 a 170, cuja ementa encontra-se vazada nos seguintes termos:

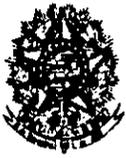
“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS NºS. 2.445/88 E 2.449/88. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA DA BASE DE CÁLCULO. JUROS DE MORA. PRESCRIÇÃO.

- 1. São inconstitucionais as alterações introduzidas no Programa de Integração Social pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. (Súmula 28 do TRF/4º).*
- 2. os valores recolhidos indevidamente a esse título, excedentes aos devidos nos moldes das LCs 7/70 e 17/73, podem ser repetidos acrescidos de correção monetária até 12/95 e juros pela taxa SELIC a partir de 1-1-96 não sendo devidos juros moratórios do art. 167, p.u., do CTN.*
- 3. Banidos do mundo jurídico os DLs. Nº 2.445 e 2.449, o PIS deve ser calculado com base nas LCs 7/70 e 17/73, incidindo correção monetária sobre o montante devido.*
- 4. O direito de repetir o indébito no caso de tributo sujeito à homologação, e sobre o qual não houve manifestação expressa do Fisco extingue-se após o decurso de 10 anos contados da ocorrência do fato gerador.*
- 5. Apelações improvidas e remessa oficial parcialmente provida.”*

5. Em 19.10.01 a interessada interpôs recurso e, em 04.12.01, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contra-razões, sendo o processo remetido ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, julgando o RESP nº 413401, em 09.04.2002, assim se manifestou o relator, o Eminentíssimo Min. Paulo Medina:

“Quanto à correção monetária dos valores devidos, a questão controvertida foi pacificada em sentido diverso daquele imposto pelo aresto acoimado que entendeu, em suma, coincidir o fato gerador do PIS com a sua base de cálculo, referindo-se o prazo de seis meses previsto na L.C. nº 07/70, por sua vez, ao recolhimento do tributo.

5



Processo nº : 11030.001420/99-86
Recurso nº : 119.867
Acórdão nº : 203-08.621

Sobre o tema, é de se ressaltar o seguinte posicionamento, consagrado pela Eg. Primeira Seção, nos Recursos Especiais nºs 144.708/RS, 248.893/SC e 258.651/SC, todos da relatoria da em. Ministra Eliana Calmon:

'o parágrafo único do art. 6º da L.C. nº 07/70 não se refere a prazo para recolhimento do chamado PIS-SEMESTRAL ou PIS-FATURAMENTO, mas à sua base de cálculo que, por questão de política legislativa, desagregou-se do momento de ocorrência do fato gerador, contrariamente ao que sucede, em geral, com os tributos.'

Confira-se a ementa de um dos citados julgados:

'TRIBUTÁRIO - PIS - SEMESTRALIDADE - BASE DE CÁLCULO - CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O PIS semestral, estabelecido na LC 07/70, diferentemente do PISREPIQUE - art. 3º, letra 'a' da mesma lei - tem como fato gerador o faturamento mensal.

2. Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo, entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo, o faturamento de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador - art. 6º, parágrafo único da LC 07/70.

3. A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador.

4. Corrigir-se a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência.

Recurso especial improvido.

(REsp nº 144.708/RS, DJU de 08/10/01).'

Destarte, temos situação anômala no que se refere ao PIS, até a edição da M.P. nº 1.212/95 (que prevê a apuração mensal do PIS/PASEP, com base no faturamento do mês de ocorrência do fato gerador), porquanto a sua base de cálculo refere-se ao faturamento do sexto mês que precede o fato gerador.

Inexistente texto legal permitindo a atualização da base de cálculo do tributo em epígrafe, haja vista tanto a L.C. nº 07/70, quanto a Lei nº 7.691/88 terem silenciado a respeito, indevida a correção monetária do valor apurado levando-se em conta o período do sexto mês anterior ao fato gerador até a data do seu recolhimento.

Tal exigência se configura em aumento da carga tributária em inobservância ao princípio da reserva legal e, portanto, a atualização do valor monetário devido se aplica, apenas, no lapso de tempo iniciado com a ocorrência do fato gerador e findo com a data do pagamento do PIS.

 6



Processo nº : 11030.001420/99-86
Recurso nº : 119.867
Acórdão nº : 203-08.621

*Posto isso, DOU PROVIMENTO ao recurso, na forma acima explicitada.
Publique-se. Intimem-se.
Brasília (DF), 09 de abril de 2002.
MINISTRO PAULO MEDINA
Relator”.*

Depreende-se, pois, das sentenças judiciais acima exaradas, que as matérias colocadas à apreciação do Poder Judiciário abrangem a totalidade da discussão, inclusive o direito à compensação dos valores recolhidos com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, com parcelas vincendas do próprio PIS, não havendo, assim, que se questionar sobre a retroatividade dos efeitos da sentença de natureza declaratória, como quer a recorrente, cujo pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ no RESP nº 24.040-6 RJ¹ é o seguinte:

*“Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.
O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80.”*

Logo, tendo ocorrido identidade do fundamento jurídico do pedido, em ambos os processos, judicial e administrativo, não há como o Poder Executivo emitir juízo de valor, paralelamente à apreciação do Poder Judiciário, cuja decisão prevalecerá em qualquer circunstância.

Sobre o assunto, assim nos ensina ALBERTO XAVIER²:

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

O princípio da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina ‘ex lege’ a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura da impugnação administrativa na

¹RESP 24.040-6/RJ, datado de 27/09/95, publicado no DJU em 16/10/95, em que foi relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que trata de ação declaratória que antecedeu a autuação fiscal.

², Alberto Xavier “Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário” Ed. Forense-1999.



Processo nº : 11030.001420/99-86
Recurso nº : 119.867
Acórdão nº : 203-08.621

impugnação, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular”

Nesse sentido, pronunciou-se a Procuradoria da Fazenda Nacional, através do Parecer nº 16.431/78:

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

32. 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 antes as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

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

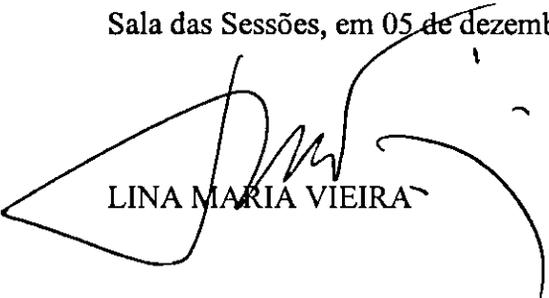
Leciona Bernardo Ribeiro Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário (Forense, 1987), sobre a presente matéria que:

“(…) 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 (imperat, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão).”

Desse modo, entendo correta a decisão da autoridade julgadora singular, que deve ser mantida por seus lidos fundamentos, razão pela qual não conheço do recurso interposto, por opção pela via judicial.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2002


LINA MARIA VIEIRA