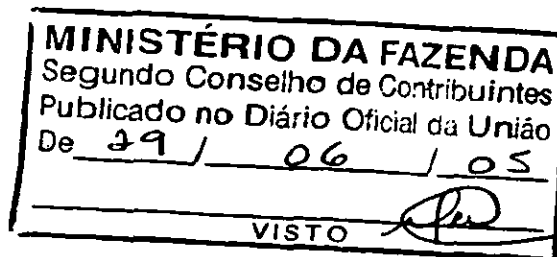




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991



Recorrente : BANCO INVESTCRED S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

A autoridade administrativa não tem competência para apreciar matéria que verse sobre inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

PIS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. RECOLHIMENTOS EFETUADOS COM BASE EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. PRAZO.

No caso de tributo recolhido com base em lei declarada inconstitucional, o prazo para pedido de restituição é de cinco anos, contados da data de publicação da resolução do Senado Federal que suspendeu a execução da lei, relativamente aos valores recolhidos nos cinco anos anteriores.

RESTITUIÇÃO. DEPÓSITOS JUDICIAIS CONVERTIDOS EM RENDA. COISA JULGADA.

Valores depositados judicialmente e convertidos em renda não podem ser objeto de pedido de restituição, com base nos mesmos fundamentos apreciados na ação judicial, por estarem abrangidos pelos efeitos da coisa julgada.

Recurso negado.

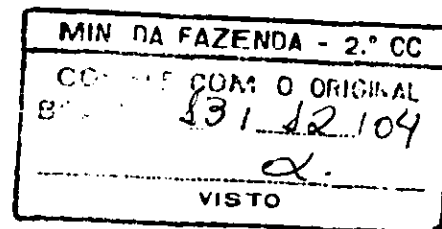
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO INVESTCRED S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Sérgio Gomes Velloso, Roberto Velloso (Suplente) e Rogério Gustavo Dreyer.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

José Antônio Francisco
José Antônio Francisco
Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo Galvão e Antonio Carlos Atulim.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
13/12/04
<i>α.</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991

Recorrente : BANCO INVESTCRED S/A

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de indébitos do PIS (fl. 1), juntamente apresentado com pedidos de compensação (fls. 2, 360, 361, 396 e 397), relativamente aos períodos de julho de 1988 a junho de 1994 e de janeiro a junho de 1996.

Segundo a interessada, teria sido ajuizada ação judicial a respeito da matéria; o direito teria origem na diferença de base de cálculo e alíquota, entre os valores recolhidos (Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988) e os devidos (LC nº 7, de 1970); o prazo para o pedido deveria contar da data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, de 1995; e a correção monetária deveria ser efetuada de acordo com a Súmula nº 162 do Superior Tribunal de Justiça.

Foram ainda apresentados os documentos de fls. 10 a 227 (documentos e cópias de Darf). Posteriormente, foram confirmados os pagamentos (fls. 230 a 237).

Na fl. 239 foi solicitada informação relativamente à ação judicial. Foram juntados os extratos de acompanhamento processual do sistema do Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Internet (fls. 273 a 288); extratos do sistema Defesa (fls. 289 a 294); e do sistema Comprot (fl. 295).

Na fl. 296 foi informado que, na ação judicial em comento, a União apelou de uma sentença favorável à interessada, tendo sido dado provimento parcial ao recurso e à remessa oficial.

Nas fls. 304 a 341, foram juntados documentos relativos à ação judicial. Na fl. 342 foi informado que a ação judicial não dizia respeito a repetição de indébito, nem a pedido de reconhecimento de direito creditório, e que o período abrangido pela ação restringir-se-ia ao de agosto de 1991 a maio de 1994.

A seguir, a interessada foi intimada a esclarecer a origem de um pagamento relativo ao período de apuração de dezembro de 1997 e apresentar as razões pelas quais entenderia haver indébitos em relação aos períodos de fevereiro a julho de 1996.

A interessada, então, apresentou a resposta de fl. 345, esclarecendo que o referido valor disse respeito *“ao cheque da Caixa Econômica Federal, depositado em nome da instituição, referente ao levantamento de parte do depósito judicial, conforme autorização do Judiciário”*, e que, relativamente à segunda questão, a ECR nº 1, de 4 de março de 1996, teria ferido o violado o princípio da anterioridade nonagesimal, ao estabelecer a cobrança retroativa do PIS a 1º de janeiro de 1996.

A Delegacia Especial das Instituições Financeiras da Receita Federal no Rio de Janeiro emitiu, a seguir, o parecer de fls. 346 a 388, que resultou no indeferimento do pedido da interessada pelo despacho de fl. 359.

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
COM O ORIGINAL
131.12.104
<i>α.</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Inicialmente, esclareceu-se que, posteriormente à MP nº 66, de 2002, o procedimento adotado em relação às compensações era de apreciação do direito creditório, com homologação ou não homologação da compensação, em decorrência daquele direito.

No tocante aos recolhimentos efetuados, sustentou-se que a EC nº 10, de 1996, teria instituído novas regras para o PIS, que teriam prejudicado a aplicação da sentença judicial transitada em julgado obtida pela interessada aos períodos posteriores a maio de 1994.

Ademais, os documentos juntados aos autos revelariam que já houve restituição de valores objeto do pedido de restituição, por meio de levantamento de depósitos na ação judicial, como também a ação não se referiria à repetição de indébito.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade da EC nº 10, de 1996, destacou que não foi apresentado documento algum que demonstrasse ter a interessada obtido decisão judicial a respeito da matéria.

No tocante ao prazo para pedido, considerou-se ter ocorrido a decadência, pelo fato de o pedido ter sido apresentado em 14 de novembro de 2001.

Por fim, esclareceu que, relativamente aos valores depositados, ainda que não se aplicasse a eles a decadência, não caberia restituição por meio de processo administrativo, uma vez que houve levantamento da parte dos depósitos a que a interessada teria direito.

A empresa, então, apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 384 a 389, sustentando que o seu direito estaria explicitado na decisão transitada em julgado e que ainda teria direito de restituição de parte dos valores que foram convertidos em renda da União. A parcela reconhecida pelo Judiciário referir-se-ia aos períodos anteriores às Emendas Constitucionais nºs 1 e 10. *"A outra parte do crédito apurado refere-se aos valores recolhidos a maior antes da vigência"* das referidas emendas.

No tocante ao prazo de decadência, alegou que contaria a partir da data de trânsito em julgado da decisão. No caso de declaração de inconstitucionalidade, o prazo iniciar-se-ia na data de publicação da decisão pronunciada em ação direta ou da resolução do Senado Federal.

Ainda acrescentou alegações a respeito da correção monetária dos créditos, que deveria ser efetuada nos termos da Súmula nº 162 do Superior Tribunal de Justiça.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro – RJ indeferiu a solicitação da interessada, no Acórdão DRJ/RJOII nº 4.325, de 16 de janeiro de 2004 (fls. 405 a 414).

Entendeu a Turma que teria ocorrido a decadência, pois o prazo para pedido de restituição seria de cinco anos, contados da data de recolhimento. Ademais, mesmo que se contasse o prazo da data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, de 1995, teria ocorrido a decadência da mesma forma, por ter sido o pedido apresentado somente em 2001.

Quanto à ação judicial, destacou que não se tratava de ação de repetição de indébitos, razão pela qual seu trânsito em julgado não teria relevância para efeito de contagem do prazo para apresentação do pedido.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
CONF. COM O ORIGINAL
BR. 131 12/04
VISTO

2ª CC-MF
FL.

No tocante aos depósitos judiciais, considerou que os valores indevidos já teriam sido restituídos; quanto às emendas constitucionais citadas, a interessada não teria decisão judicial a seu favor.

Cientificada do Acórdão em 17 de fevereiro de 2004 (fl. 416), a interessada apresentou, em 18 de março, o recurso voluntário de fls. 418 a 427, acompanhada dos documentos de fls. 428 a 434.

Repetiu as alegações originalmente apresentadas e as apresentadas na manifestação de inconformidade.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASIL 13 1 12 104
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO**

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele se deve tomar conhecimento.

No tocante ao prazo para o pedido, que foi apresentado em 14 de novembro de 2001, há que se diferenciar os períodos anteriores aos efeitos das emendas constitucionais que alteraram a cobrança do PIS das instituições financeiras daqueles abrangidos pelas alterações.

Nos períodos anteriores, trata-se de recolhimentos efetuados com base nos decretos-leis declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessas hipóteses, o prazo para apresentação do pedido administrativo, previsto no art. 168 do CTN, somente se inicia com a publicação da resolução do Senado, uma vez que não existe a possibilidade de obtenção da restituição pela via administrativa, sob a alegação de inconstitucionalidade de lei.

No caso, a resolução do Senado Federal foi publicada em 10 de outubro de 1995, tendo, em princípio, a recorrente perdido o prazo para apresentar o pedido, uma vez que somente o apresentou em 2001.

Cabe, ainda, perquirir se o fato de a interessada ter apresentado ação judicial teria efeito sobre a determinação do prazo.

No tocante à ação judicial, segundo cópias da petição inicial de fls. 314 a 319, tratou-se de ação ordinária declaratória da inexistência de relação jurídica, relativamente aos decretos-leis declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, se houvesse apresentado ação de repetição de indébito de forma cumulativa à ação declaratória, então, por se tratar de ação condenatória, a empresa poderia executar a sentença.

No tocante à ação declaratória, está-se falando apenas da existência ou não do vínculo jurídico, o que não tem restrição quanto à aplicação para o passado.

Se se tratasse de ação condenatória, então, sim, o prazo prescricional para propositura da ação de execução reiniciar-se-ia na data do trânsito em julgado da ação de conhecimento (a Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal diz que "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação").

No entanto, somente as ações condenatórias estão sujeitas à prescrição. Segundo Paulo Roberto de Oliveira Lima (Repetição de indébito tributário e compensação. Machado, Hugo de Brito (Coord.). *Repetição de indébito e compensação no direito tributário*. São Paulo: Dialética, Fortaleza: Icet, 1999. p. 305-336. p. 330), "*Não está (sic) longe da verdade, portanto, os que sustentam que o prazo é decadencial quando a ação é constitutiva (positiva ou negativa), sendo prescricional nas ações condenatórias. Se bem que essa relação não seja absoluta, até porque somente válida para os que classificam as ações em três espécies (condenatória,*



Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
13/12/04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

declaratória e constitutiva) quando verdadeiramente elas são cinco (executiva e mandamental, além das três anteriormente mencionadas), trata-se de relação válida para a imensa maioria dos casos".

Essa conclusão tem origem na doutrina de Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*, 2ª ed., v. 1. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. p. 25-6, 30-3), objeto de análise de Agnello Amorim Filho em seu clássico artigo "*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*" (Revista Forense, nº 193, p. 7-37).

Ademais, o fato de a ação declaratória ter eventualmente transitado em julgado posteriormente à data de publicação da resolução do Senado não representaria inovação jurídica alguma, uma vez que, desde a publicação da resolução, já se sabia que os valores recolhidos com base nos decretos-leis eram inconstitucionais. Em outras palavras, independentemente da publicação da resolução, a interessada já poderia ter apresentado o pedido administrativo.

Portanto, o trânsito em julgado da ação declaratória não teve efeito sobre o prazo.

No tocante aos períodos de apuração que fizeram parte do pedido, há quatro distintas situações: valores recolhidos conforme os decretos-leis; valores depositados na ação judicial e convertidos em renda da União; valores recolhidos por Darf, após a concessão da medida cautelar para depósito; e valores recolhidos nos termos das emendas constitucionais (posteriormente ao trânsito em julgado da ação).

Em relação ao primeiro caso, concluiu-se que a interessada perdeu o prazo.

Em relação ao segundo, não houve decadência, uma vez que a data de conversão dos depósitos em renda é o termo inicial do prazo. A questão, no mérito, será analisada posteriormente.

Quanto ao terceiro caso, trata-se de situação idêntica à do primeiro. No caso, os valores recolhidos no curso da ação judicial poderiam ser objeto de pedido de restituição após a publicação da resolução do Senado Federal, de forma que o prazo para apresentação do pedido iniciou-se nessa data.

No tocante ao último, o prazo de cinco anos para apresentação do pedido é contado da data do recolhimento dos valores. A questão da possibilidade do pedido será analisada a seguir.

Quanto aos valores recolhidos nos termos das emendas constitucionais, não pode a autoridade julgadora administrativa afastar a sua aplicação, pois a competência para apreciação de constitucionalidade de lei (termo aqui utilizado em seu sentido amplo) é exclusiva do Poder Judiciário.

A questão passa por definir a natureza do processo administrativo, havendo opiniões de que se trata de mero procedimento¹; ou de processo, sem jurisdição²; ou, ainda, de processo com função jurisdicional.

¹ CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento administrativo tributário*. São Paulo, Atlas, 1996. p. 90.

² XAVIER, Alberto. A questão da apreciação da inconstitucionalidade das leis pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária. *Revista Dialética de direito tributário*, São Paulo, Dialética, nº 103, p. 17-44, abr. 2004.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASIL 131.12.101
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991

Nesse último entendimento, que engloba os demais, argumenta-se, ainda, que o princípio da separação dos poderes não implicaria a exclusividade do Judiciário para decidir questões de constitucionalidade de leis, de forma que seria possível ao Executivo exercer verdadeira função jurisdicional.

Entretanto, é óbvio que a separação de Poderes implica privilégio no exercício das funções. Tanto que, em princípio, cabe ao Legislativo a função precípua de criar as leis; ao Judiciário, a função jurisdicional; e ao Executivo, a função administrativa. Embora cada Poder possa exercer alguma das outras funções, esse exercício é limitado e, na maioria das vezes, visa garantir a sua autonomia.

Portanto, sendo óbvio que cabe ao Poder Judiciário a função jurisdicional, é também óbvio que essa função, quando realizada pelo Judiciário, não pode comportar limites quanto à ampla defesa e ao contraditório.

No entanto, tal raciocínio não pode ser aplicado aos tribunais administrativos.

O termo “ampla defesa” deve ser interpretado de forma relativa, levando-se em conta as diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

Deve-se ter em conta que os tribunais administrativos integram a administração e exercem função administrativa.

Os Conselhos de Contribuintes integram a estrutura do Ministério da Fazenda, assim como as Delegacias de Julgamento integram a estrutura da Secretaria da Receita Federal e, nesse contexto, é fácil concluir que existe hierarquia funcional e administrativa sobre esses órgãos.

De fato, os julgadores das DRJ e os Conselheiros, sejam representantes da Fazenda ou dos contribuintes, exercem funções de funcionário público e estão sujeitos às disposições da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

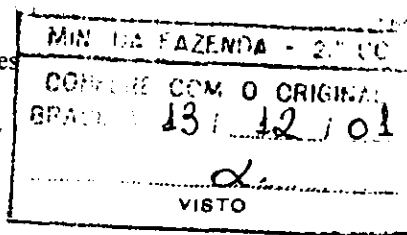
Dessa forma, os atos administrativos que restringem a apreciação de matéria de constitucionalidade de lei (como o constante do art. 22A do Regimento dos Conselhos de Contribuintes, decorrente das disposições do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, e da Lei nº 9.430, de 30 de dezembro de 1996, art. 77) têm caráter vinculativo, em face do que dispõe o art. 116 da lei anteriormente citada.

Assim, para que fosse possível apreciar matéria de constitucionalidade relativa ao direito tributário, primeiramente seria necessário que o julgador administrativo apreciasse matéria de constitucionalidade relativa a direito administrativo (Regimento Interno, Decreto nº 2.346, de 1997, etc.), uma vez que normas de direito administrativo estariam restringindo suposto direito fundamental do contribuinte ao limitarem a apreciação de constitucionalidade de lei, o que, certamente, foge a seu âmbito de competência.

Ademais, aqueles atos legais que determinam a impossibilidade de apreciação de matéria de constitucionalidade de leis e as leis tributárias que são consideradas inconstitucionais pela interessada, de uma forma ou de outra, passaram pela aprovação do Presidente da República, chefe do Executivo, ou por derivarem de aprovação de medida provisória, ou por se tratar de lei sancionada ou de decreto assinado por ele.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991

Especialmente no caso das leis, existe a possibilidade do veto jurídico, por motivo de inconstitucionalidade, que representa medida de controle de constitucionalidade. Nos demais casos, se o Presidente da República os houvesse considerado inconstitucionais, certamente não os teria aprovado.

Assim, como poderia um órgão administrativo inferior contradizer o chefe do Poder Executivo, afastando a aplicação de atos legais e regulamentares por ele aprovados.

Nesse contexto, e considerando os fatos acima expostos, as disposições da Lei nº 9.430, de 1996, art. 77, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, nada mais fazem do que dispor como deve ser tratada a matéria no âmbito do Poder Executivo.

Vê-se, portanto, que não cabe somente ao Judiciário o controle repressivo de constitucionalidade de leis, mas, no âmbito do Executivo, cabe ao Presidente da República determinar como o controle deve ocorrer.

Assim, a interpretação mais adequada à questão é a de que a “ampla defesa”, no processo administrativo, deve ser aplicada de acordo com as atribuições dos órgãos julgadores administrativos, o que não abrange a apreciação de matéria de constitucionalidade de Lei, à exceção dos casos previstos no Decreto nº 2.346, de 1997.

Quanto aos depósitos judiciais, estão corretas as conclusões do despacho denegatório e do Acórdão de primeira instância.

Tratando-se de ação declaratória, os efeitos da coisa julgada atingem os depósitos convertidos em renda, implicando encerramento do litígio entre autor e réu. Tanto é assim que o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966) não prevê possibilidade de apresentação de pedido de restituição nessa hipótese.

A respeito da questão, cabe citar o REsp nº 463.437-SC, da 1ª Turma do STJ:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL. AUMENTOS DA ALÍQUOTA. REPETIÇÃO. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

I - Não ocorre coisa julgada quando é intentada nova ação para obter a restituição dos valores pagos a maior em período posterior àquele consignado em ação mandamental, onde se pleiteava o não recolhimento da exação. Ressalvam-se os valores referentes ao depósito convertido em renda da União no curso do mandado de segurança, pois sobre estes incidem os efeitos da coisa julgada.

II - Precedentes.

III - Recurso especial parcialmente procedente.” (REJ, <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200909680&dtpublicacao=17/05/2004>.) (negritei)

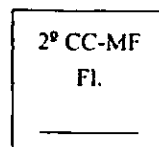
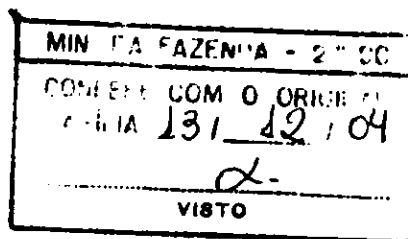
Vê-se que, se os fundamentos da ação judicial forem os mesmos, não há possibilidade de revisão dos valores. Somente seria possível requerer a restituição por razão não analisada na ação judicial, o que não ocorreu no presente processo.

O que se deduz do relatório de fls. 342 e 343 é que, relativamente aos períodos posteriores a maio de 1994, pelo fato de não mais incidir o PIS/Repique, a interessada requereu o levantamento de metade dos valores depositados, uma vez que, segundo a LC nº 7, de 1970, estaria sujeita ao PIS/Dedução e ao PIS/Repique.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13707.002686/2001-57
Recurso nº : 126.413
Acórdão nº : 201-77.991



Portanto, ocorreu a preclusão, relativamente à possibilidade de verificação dos cálculos, no âmbito do processo judicial, descabendo nova análise sobre eventual direito de crédito da recorrente, em face da coisa julgada.

No tocante aos demais períodos (valores recolhidos por Darf, anteriormente a maio de 1994), não houve manifestação da Delegacia de origem, nem da Delegacia de Julgamento nos autos, quanto aos valores devidos e à atualização monetária.

Mas, em relação a tais valores, já se concluiu que ocorreu a decadência.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2004.


JOSE ANTONIO FRANCISCO 