



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

Processo nº 13839.000870/2005-91
Recurso nº 229.826 Voluntário
Acórdão nº **3401-00.591 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 03 de fevereiro de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.
Recorrente FEIRA DA BORRACHA LTDA
Recorrida DRJ-CAMPINAS-SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1990 a 30/09/1995

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 ao afastamento dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 em face da opção pela discussão na via judicial. Na parte conhecida, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis – Relator

EDITADO EM 02/02/2010

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 Rosenberg Filho.

Relatório

Trata-se do Recurso Voluntário de fls. 97/106, interposto contra o Acórdão nº 1.123/2002 (fls. 70/74), que não conheceu de impugnação em face da opção pela via judicial.

Os documentos que compõem o presente processo foram extraídos do de nº 13839.000902/97-03, por meio do qual o contribuinte solicitou restituição e compensação cujos créditos são oriundos de Finsocial e PIS Faturamento.

O órgão de origem, levando em conta as ações judiciais nºs 98.0613097-9 e 98.0613095-2, impetradas com o escopo de obter o reconhecimento do direito à compensação dos valores de PIS (períodos de apuração de janeiro de 1990 a setembro de 1995) e Finsocial pagos a maior, também já não conhecera do pedido (ver Despacho Decisório de fls. 58/59).

À impugnação, também não conhecida, seguiu-se o Recurso Voluntário, apreciado apenas em relação ao Finsocial pela Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes. Conforme a Resolução nº 301-1.1339, de 01/12/2004 (fls. 108/110), aquele Colegiado determinou a formalização do presente processo, autônomo e remetido ao Segundo Conselho de Contribuintes, contendo a parte do PIS (fora, extraídas cópias do processo original, sob o nº 13839.000902/97-03).

No Recurso Voluntário, tempestivo, o contribuinte insiste na compensação e contesta o acórdão recorrido.

Argúi que a decisão da DRJ desrespeitou o direito de petição, da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, previstos no art. 5º da Constituição Federal, afirmando que o Recurso deve ter prosseguimento, com suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, III, do CTN.

Afirma que este processo possui objeto distinto do judicial, “visto que no mandado de segurança a única coisa a ser discutida é o DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO, sendo que no processo administrativo inclui-se além das matérias de direito também matérias de fato, primordialmente a busca da HOMOLOGAÇÃO DOS CÁLCULOS e que por força do art. 5º da Constituição, norma que estabelece este direito fundamental, a Administração está obrigada a apreciar.” (fl. 102).

Reportando-se aos arts. 2º e 48 da Lei nº 9.784/99, assevera que a Administração Pública não poderá agir em desconformidade com as normas desse diploma legal e da Carta Magna, tendo o dever de se manifestar quanto ao mérito do Recurso Voluntário.

Ao final requer o prosseguimento deste processo administrativo, com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até o seu término (menciona as autuações referentes aos tributos incluídos no pedido de compensação objeto do processo original), o reconhecimento da semestralidade do PIS e a homologação da compensação.

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 98.0613097-9, impetrado com o escopo de obter o reconhecimento do direito à compensação dos valores de PIS pagos a maior em obediência aos Decretos-Leis nºs 2.445/88 2.449/88, não deve ser conhecido.

Como é fácil verificar por meio das peças extraídas do referido *mandamus* (fls. 75/95), na via judicial a contribuinte buscou exatamente a compensação nesta via administrativa.

A Recorrente, ao afirmar haver diferença porque neste processo administrativo se busca a homologação dos cálculos do indébito, esquece que tal homologação 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.

Quanto ao art. 5º da Constituição Federal e à Lei nº 9.784/99, não sofrem qualquer ofensa com o não conhecimento. É que na situação dos autos cabe observar com rigor o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, cuja eficácia 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

