



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 15892.000078/2007-89
Recurso nº 138.252 Voluntário
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº 302-39.560
Sessão de 19 de junho de 2008
Recorrente DROGA RIO DE BAURU LTDA.
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/07/1988 a 31/03/1992

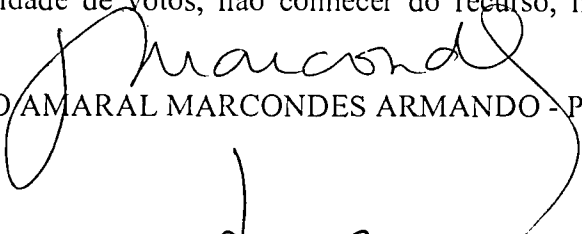
FINSOCIAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. DISCUSSÃO JUDICIAL.

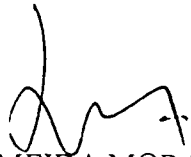
A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, com objeto idêntico ao discutido no processo administrativo, importa renúncia às instâncias administrativas e a desistência do recurso interposto.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corinto Oliveira Machado, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Ricardo Paulo Rosa e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

A interessada acima qualificada ingressou com o pedido de fl. 02, solicitando a restituição do montante de R\$ 67.937,86 (sessenta e sete mil novecentos e trinta e sete reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ 33.944,26 relativos a indêbitos fiscais de contribuições para o Finsocial, recolhidas a alíquotas superiores a 0,50 % sobre o faturamento, nos períodos de agosto de 1988 a abril de 1992, e R\$ 33.993,60 a indêbitos de contribuições para o PIS, recolhidas a maior nos termos dos Decretos-lei n.º 2.445 e n.º 2.449, ambos de 1988, nos períodos de janeiro de 1989 a fevereiro de 1994, posteriormente julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cumulada com a compensação de créditos tributários vencidos e/ou vincendos, conforme pedido de fl. 01, posteriormente substituído pelos de fls. 905/906 que também foram retificados pelos de fls. 975/976.

Para comprovar os indêbitos, a interessada anexou ao seu pedido as planilhas de fls. 12/14, 15/20, 36/39, e 48/53 (Finsocial) e de fls. 67/73, 99/105, e 140/146 (PIS), bem como as cópias dos Darfs de fls. 21/35, 40/47, e 54/66 (Finsocial) e 74/98, 106/138, e 147/710 (PIS).

O pedido foi inicialmente analisado pela Delegacia da Receita Federal (DRF) em Bauru, SP, que o indeferiu sob o fundamento de que a repetição dos indêbitos fiscais relativos ao Finsocial está sendo pleiteada na instância judicial por meio da ação ordinária n.º 95.13028810, em trâmite na 2ª Vara Federal em Bauru; e quanto aos indêbitos do PIS, preliminarmente, que nos termos da Lei n.º 5.172, de 1966, art. 168, I, c/c o art. 156, I, decaiu o direito de repetição para os recolhimentos efetuados anteriormente a 06/11/1993, data da protocolização do presente pedido, e, no mérito, que, aplicando as Leis Complementares (LCs) n.º 7, de 1970, e n.º 17, de 1973, e ulteriores alterações, em substituição aos Decretos-lei n.º 2.445 e n.º 2.449, ambos de 1988, nenhum indêbito fiscal foi apurado, conforme Despacho Decisório Sasit n.º 10825/002/01 às fls. 966/973.

Cientificada desse Despacho Decisório em 24/01/2001, conforme prova o "AR" de sua remessa postal à fl. 994, inconformada com o indeferimento do seu pedido, a interessada interpôs a impugnação de fls. 977/987, requerendo a esta DRJ a reforma da decisão proferida pela DRF em Bauru e lhe autorize a restituição/compensação pleiteada, alegando, em síntese, que:

1) Origem do indêbito.

A) Histórico legislativo do PIS.

Neste item discorreu sobre a instituição da contribuição para o PIS por meio da LC n.º 7, de 1970, alterada pela LC n.º 17, de 1973; a alteração da sistemática de seu cálculo e cobrança por meio dos Decretos-lei n.º 2.445 e n.º 2.449, ambos de 1988, julgados

inconstitucionais pelo STF e o afastamento da execução destes pelo Senado Federal, concluindo que a contribuição para o PIS exigida nos termos desses Decretos-lei foi inconstitucional; dessa forma, tem direito à restituição da diferença entre os valores recolhidos segundo os referidos decretos e os devidos nos moldes daquelas LCs, conforme planilhas em anexo.

Concluiu, ainda, que a contribuição para o PIS, nos termos da LC n.º 7, de 1970, foi recebida pela Constituição Federal (CF) de 1988, art. 239, não podendo assim, sofrer alterações por lei ordinária, muito menos por medida provisória e que a tentativa de inovação dessa contribuição por meio de medidas provisórias resultou numa quarta contribuição previdenciária não-prevista nas hipóteses do inciso I do art. 195 daquela Constituição.

Assim, as medidas provisórias que tentaram, após a Resolução n.º 49 do Senado Federal, restaurar a contribuição para o PIS, na forma exigida nos referidos Decretos-lei, não tiveram qualquer valor constitucional e, portanto, inexistente qualquer normatização possível de validar sua exigência como tributo que é, até o transcurso do interstício de noventa dias da publicação da Emenda Constitucional n.º 10, de 1996, que formatou o PIS na condição hoje exigida.

Alegou, ainda, que essa Emenda é inconstitucional por ofender os princípios da anterioridade nonagesimal e irretroatividade da lei fiscal (art. 150, III, "a").

B) Dos créditos referentes ao Finsocial.

Em face de suas atividades, estava sujeita à contribuição para o Finsocial à alíquota de 0,50 % sobre o faturamento e, posteriormente, em face das majorações promovidas por leis ordinárias, a alíquotas superiores a 0,50 %.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do RE n.º 150.764-1-PE, decidiu que essa contribuição foi recepcionada pela CF de 1988, à alíquota de 0,50 % sobre o faturamento, julgando inconstitucional as majorações dessa alíquota, determinadas por leis ordinárias.

Tendo em vista os recolhimentos efetuados a alíquotas superiores a 0,50 %, tem direito à restituição destes.

Considerando a posição irretornável do STF, impetrou ação ordinária, feito n.º 95.1302881-0, em trâmite na 2ª Vara Federal em Bauru, SP, visando a devolução dos valores excedentes à alíquota de 0,50 % sobre o faturamento, recolhidos indevidamente.

2) Dos valores da compensação.

Neste item defendeu que a prescrição para o exercício do direito de restituição e/ou compensação de indébitos de tributos sujeitos a lançamentos por homologação, previsto no Código Tributário Nacional (CTN), art. 150, ocorre em dez anos, cinco anos para a homologação e mais cinco para a prescrição. }

3) Da utilização dos créditos tributários decorrentes de sentença judicial.

A fundamentação de que é inviável a compensação administrativa, em face da interposição de ação ordinária com idêntico pedido é temerária, uma vez que a própria Secretaria da Receita Federal admite a compensação de indêbitos do Finsocial e do PIS com créditos tributários vencidos e/ ou vincendos, em face do reconhecimento de suas inconstitucionalidades pelo STF, conforme analisado anteriormente.

Além disto, não seria o caso de indeferimento do pedido, mas de sua suspensão até o trânsito em julgado da respectiva sentença judicial.

4) Dos créditos decorrentes das filiais.

Conforme demonstrado nos documentos acostados ao presente processo, a recorrente é titular dos indêbitos fiscais de Finsocial e PIS das outras duas empresas em face da ocorrência da sucessão.

Caso tal sucessão não seja reconhecida, na época do pedido administrativo era plenamente possível a compensação de créditos tributário com indêbitos de terceiros, o que tornaria possível a compensação dos seus débitos com indêbitos da Drogaria Duque e da Drogaria Avenida.

5) Do direito à compensação.

Em face do disposto na Lei n.º 8.383, de 1991, art. 66, no CTN, arts. 156, II, e 170 e no Código Civil, arts. 1.009 e 1.017, tem direito à compensação de indêbitos fiscais decorrentes de pagamentos indevidos ou a maior com créditos tributários vencidos e ou vincendos.

Ao final, concluiu que, dessa forma, é pertinente o pedido de compensação apresentado.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto/SP indeferiu o pleito da recorrente, conforme Decisão DRJ/RPO nº 1.564, de 20/06/2002, fls. 468/481, assim ementada:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/07/1988 a 31/03/1992

Ementa: AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA.

A opção do contribuinte pelo Poder Judiciário para a discussão de repetição de indêbitos fiscais, cumulada com compensação de créditos tributários vencidos e/ou vincendos, implica renúncia à instância administrativa e desistência de recurso interposto.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/1988 a 31/08/1993

Ementa: RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. L

A restituição e/ ou compensação de indébitos fiscais com créditos tributários vencidos e/ ou vincendos, está condicionada à comprovação da certeza e liquidez do respectivos indébitos.

BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE.

Considera-se ocorrido o fato gerador da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) com a apuração do faturamento mensal, situação necessária e suficiente para que seja devida a contribuição.

COMPENSAÇÃO COM CRÉDITO DE OUTRO.

A compensação de créditos tributários de um contribuinte com indébitos fiscais de outro está condicionada à comprovação da certeza e liquidez destes e à solicitação expressa do titular dos indébitos fiscais (créditos tributários).

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei /e ou de tributos.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 15/08/1988 a 06/11/1993

Ementa: INDÉBITO FISCAL. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de pleitear restituição e/ou compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Solicitação Indeferida.

Às fls. 488 o contribuinte foi intimado da decisão supra, motivo pelo qual apresenta Recurso Voluntário de fls. 489/501.

Às fls. 506/517 é julgada matéria relativa à competência do 2º Conselho de Contribuintes, determinado o prosseguimento do feito para análise de matéria de competência deste Conselho.

Às fls. 519/548 a União apresenta Recurso Especial, o qual não é admitido, fls. 550/553.

Às fls. 557/657 é apurado o saldo de PIS da recorrente.

Às fls. 658 é enviado o processo para análise da questão do FINSOCIAL.

É o Relatório. *J*

Voto

Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes, Relator

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Como se verifica dos autos, o recorrente discute também a repetição de valores pagos a maior de FINSOCIAL em função da ilegalidade da majoração das alíquotas daquele tributo.

Como bem disposto nos autos, a recorrente discute atualmente no Poder Judiciário a repetição dos valores pagos a maior de FINSOCIAL e sua respectiva compensação, mesmo objeto deste processo, onde busca a compensação daqueles valores com outros tributos, processo n.º 95.1302881-0.

Conforme pesquisa no sítio do TRF da 3ª Região, se verifica que o referido processo ainda estava em tramitação quando da propositura do presente pedido.

No momento em que a recorrente submeteu à apreciação do Poder Judiciário o reconhecimento de direito creditório e, ao mesmo tempo, solicita à instância administrativa, desiste desta segunda, em preferência da primeira, em consonância com o previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal/88, segundo o qual a decisão judicial sempre prevalece sobre a administrativa.

Desse modo, a ação judicial tratando de determinada matéria infirma a competência administrativa para decidir de modo diverso, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, a ele é conferida a capacidade de examiná-las de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

Nesse sentido dispõe o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes:

Art. 59. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção, sem ressalva, do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

A decisão recorrida é clara ao tratar do tema, fls. 478/479:

1.1 – Quanto ao Finsocial.

2

I.1.1 – Propositura de ação judicial.

Conforme constou do Despacho Decisório à fl. 967 e a própria interessada informou à fl. 983, os indêbitos fiscais relativos ao Finsocial estão sendo discutidos na Justiça Federal por meio da ação ordinária n.º 95.13028810, em trâmite na 2ª Vara Federal em Bauru, SP.

A opção do sujeito passiva pela via judiciária para a discussão de matéria tributária, com idêntico pedido, implicou renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa nos termos da Lei n.º 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único e do Decreto-lei n.º 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Assim dispõe a Lei n.º 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único, in verbis:

“Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, de ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”(grifou-se)

Na referida ação ordinária, conforme confessou a própria interessada à fl. 985 dos autos, pleiteou o mesmo direito reclamado no presente processo, ou seja, a compensação dos indêbitos relativos ao Finsocial, recolhidos a alíquotas superiores a 0,50 % do faturamento, a partir de 15 de agosto de 1998 até 20 abril de 1992, relativos aos fatos geradores dos meses de competência de julho de 1988 a março de 1992.

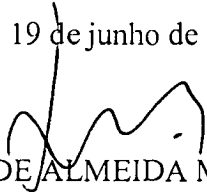
A decisão judicial, tanto favorável como contrária ao sujeito passivo, prevalece sobre a instância administrativa e deve ser cumprida pela autoridade administrativa competente sob pena de desobediência judicial.

Após o trânsito em julgado da sentença judicial relativa à ação ordinária n.º 95.13028810, atualmente em trâmite no TRF da 3ª Região, na qual a interessada pleiteia a compensação dos mesmos indêbitos fiscais relativos ao Finsocial, objeto do presente processo, restará à União Federal por meio da Secretaria da Receita Federal cumpri-la na íntegra, independente de qualquer entendimento desta.

Dessa forma, a impugnação, em relação ao Finsocial, ficou prejudicada e, conseqüentemente, indeferido, na instância administrativa, o pedido de repetição de indébito, cumulado com a compensação créditos tributários vencidos e/ ou vincendos, sem julgamento de mérito por parte desta DRJ. }

Diante do exposto, dos argumentos elencados na decisão recorrida, que aqui encampo como se estivessem transcritos, e tendo em vista o art. 59 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, não conheço do recurso, prejudicados os demais argumentos.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2008


LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator