



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

Processo nº 16624.001201/2006-21
Recurso nº 271.844 Voluntário
Acórdão nº **3801-001.107 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 21 de março de 2012
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente BAREFAME INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. RENÚNCIA AO RECURSO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 1 do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF).

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação de matéria distinta da constante do processo judicial.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não se tomou conhecimento do recurso, visto que a recorrente submeteu à apreciação do Poder Judiciário a matéria objeto desse processo.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon - Relator.

EDITADO EM: 31/03/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flavio de Castro Pontes (Presidente), Jose Luiz Bordignon, Sidney Eduardo Stahl, Paulo Sergio Celani, Maria Ines Caldeira Pereira da Silva Murgel e Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 1, protocolado em 21/08/2006, no valor de R\$ 150.402,02, correspondente a recolhimentos feitos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, relativos aos períodos de apuração de fevereiro/99 a janeiro/2004, conforme planilha de cálculo às fls. 20/21.

A interessada fundamentou seu pleito na alegação de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, informando, além disso, que a matéria foi submetida ao Poder Judiciário, tendo obtido decisão final que lhe foi desfavorável.

Porém, a questão ainda encontra-se em discussão no âmbito da Ação Rescisória nº 2006.03.00.008473-6, o que justifica a propositura do presente pleito de restituição, quando menos para afastar qualquer dúvida quanto ao cumprimento do prazo prescricional e ainda que se determine o seu sobrestamento até o final julgamento da referida ação rescisória.

Argumenta também que os valores solicitados não estariam prescritos, pois a contagem do prazo prescricional de cinco anos não se dá a partir do pagamento indevido, mas sim da homologação do lançamento, que, se não feita expressamente pela autoridade fiscal, se dá após cinco anos do recolhimento.

A DRF em Guarulhos emitiu o Despacho Decisório de fls. 112/117, indeferindo o pedido de restituição e não reconhecendo o direito creditório da contribuinte, sob a seguinte fundamentação:

De acordo com o informado pelo interessado o fundamento jurídico deste Pedido de Restituição é conexo à "causa de pedir" de Mandado de Segurança impetrado contra este Delegado da Receita Federal. A decisão final desse Mandado de Segurança estaria sendo contestada pelo Interessado em sede de Ação Rescisória. Ou seja, sob os mesmos argumentos jurídicos que fundamentam o presente pedido, o Interessado pleiteia, na via judicial, provimento no sentido de que não seja submetido à exigência prevista em Lei.

Litigar judicialmente contra a Fazenda Pública é um direito inalienável de qualquer pessoa (...).

Porém, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o paralelismo de instâncias, não podendo haver a sobreposição da decisão administrativa à sentença judicial. Ao Poder Judiciário é dada a exclusividade de examinar as questões a ele submetidas de forma definitiva, gravando-as com os efeitos de coisa julgada. Consagra-se, assim, o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário e o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo.

O exercício dessa faculdade produz, como efeito processual obrigatório, em relação a mesma matéria litigaria judicialmente, a impossibilidade de Administração Tributária conhecer seus pleitos.

Destarte, em se discutindo o mesmo objeto concomitantemente em ambas esferas, o legislador reputou prudente a abstenção da autoridade administrativa em face da supremacia do Poder Judiciário.

Por isso, a opção do contribuinte pela via judicial encerra o processo administrativo fiscal em definitivo, em qualquer fase, ou nem permite que se instale, caso o processo judicial seja antecedente. Nesse sentido já se posicionou a Administração Tributária, por meio do Ato Declaratório Normativo COSIT nº3, de 14 de fevereiro de 1996(...)

No presente caso, houve o Mandado de Segurança pretendendo a tutela jurisdicional para não se sujeitar ao pagamento do tributo. Diante do insucesso, o recolhimento foi feito, e o que hora se pleiteia é a restituição dos valores pagos em obediência da decisão judicial. Ora, diante do exposto, a única esfera em que cabe a continuidade do litígio, se houver, é a do Poder Judiciário. A decisão final relativa ao direito pleiteado está inexoravelmente atrelada ao provimento ou não da Ação Rescisória. É defeso à Administração Tributária conhecer de matéria que já foi decidida, ou está em vias de ser decidida pelo Poder Judiciário.

Nem mesmo o efeito de interromper o prazo prescricional pode ser atribuído a este Pedido. Estando a matéria sobre exame do Poder Judiciário, somente os atos processuais e suas respectivas consequências é que definirão se a prescrição operar-se-á ou não. A partir do momento em que a esfera de decisão foi para lá deslocada, é lá que devem se concentrar todos os atos processuais.

Cabe mencionar que o artigo 1º, do Decreto 2.346/97, citado pelo Interessado como ato a vincular a Administração ao teor das decisões do Supremo Tribunal Federal, em verdade, no caso da matéria aqui discutida, não tem este efeito.

Isto porque, a comentada decisão do Supremo (RE nº346.084) aplica-se apenas em favor da parte que litigava naquele processo. Eventual extensão de seus efeitos a terceiros somente poder-se-ia dar por decisão do Presidente da República, nos ditames do § 3º do artigo 1º do Decreto 2.346/97 (...).

Tal ato presidencial não foi editado. Portanto, impossível inferir qualquer tipo de vinculação da Administração.

No caso concreto aqui analisado, nem mesmo poder-se-ia observar a decisão do Supremo em sede de Ação Direta ou de Suspensão de Execução da Norma por edição de Resolução do Senado.

Isto porque já houve uma decisão definitiva do Poder Judiciário sobre a matéria. Neste caso, nos termos do §1º do Decreto 2.346/97 (.), o advento de decisão definitiva anterior impediria que eventual decisão favorável beneficiasse o Interessado. Obviamente, o fundamento disto seria a força atribuída pela Constituição Federal à "coisa julgada".

Cientificada do indeferimento de seu pleito em 07/12/2006 (fl. 120), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 28/12/2006 (fls. 121/125), na qual alega que:

- não houve renúncia à esfera administrativa. Realmente o item "a" do ADN nº 3, de 1996, prescreve que a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial com o mesmo objeto importa renúncia às esferas administrativas, ou seja, a identidade de objeto é requisito essencial par que a via administrativa fique obstada;*
- a identidade de objeto de duas ações ou procedimento ocorre quando ambos têm "as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido". Essa é a definição contida no art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil;*
- no caso em exame, os objetos da Ação rescisória e do pleito administrativo de restituição são completamente distintos. Na via judicial, pleiteia-se o não pagamento do PIS e da Cofins com as bases de cálculos ampliadas pela Lei nº 9.718, de 1998, enquanto no caso ora em exame o pleito é de restituição dos valores, justamente porque levaram em consideração a referida base e, por consequência, ocasionaram um pagamento maior do que o devido;*
- ainda que as causas de pedir possam guardar certa semelhança, pois os pleitos são fundamentados na ilegitimidade do art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 1998, as causas de pedir remotas (descrição dos fatos envolvidos) e, sobretudo, os pedidos são absolutamente distintos, o que impede a aplicação do item "a" do ADN nº 3, de 1996;*
- no que respeita ao mérito, é certo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 1998, no sentido de que a exigência do tributo, à época em que ocorridos os fatos geradores objeto do pleito de restituição, somente poderia incidir sobre a receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços, já tendo inclusive o trânsito em julgado das decisões proferidas. Tratando-se de entendimento pacificado, sua aplicação pela Administração é obrigatória, por força do disposto no art. 1º, caput, do Decreto nº 2.346, de 1997, independentemente da publicação de Resolução pelo Senado Federal, mera formalidade que não tem o condão de alterar o significado da*

norma, tampouco invalidar o reconhecimento, pela Suprema Corte, da inconstitucionalidade de determinado dispositivo.

Além disso, a contribuinte também diz que o pleito de restituição formulado tem o efeito de suspender ou, quando menos, interromper o curso do prazo prescricional, não se opondo ela ao sobrestamento do feito até decisão final a ser proferida na Ação Rescisória, unicamente como medida de economia processual”.

A Delegacia de Julgamento em Campinas proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RENÚNCIA.

A propositura de ação judicial com o mesmo objeto, antes ou depois da apresentação de pedido de restituição, implica a renúncia à apreciação na esfera administrativa das razões de mérito.

Solicitação Indeferida”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 193 a 198 reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordinon, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 05- 23.532, da 1ª Turma da DRJ/Campinas, que julgou improcedente o pedido de restituição de fls. 01.

De acordo com os autos, a interessada impetrou o Mandado de Segurança nº 1999.61.00.020915-3, perante a Justiça Federal do Estado de São Paulo, visando o provimento jurisdicional que lhe assegure o direito de recolher as contribuições para a COFINS tal como definido pela Lei Complementar 70/91. Também, que tal medida veio a ser julgada improcedente e, à vista do trânsito em julgado, a recorrente ajuizou Ação Rescisória (AR nº 2006.03.00.008473-6), ainda em trâmite no TRF-3ª Região, com o objetivo de rescindir a decisão proferida no referido mandado de segurança.

Nesse processo, a interessada busca o deferimento do pedido de restituição dos valores pagos a título de Cofins, com base no art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional.

A questão que se apresenta como preliminar consiste em verificar se o objeto de pedir junto ao Poder Judiciário é o mesmo do presente processo.

Compulsando-se as peças que compõem o presente processo, não resta dúvida de que a matéria objeto do pedido administrativo da interessada é a mesma que compõe a lide judicial.

Muito embora os pedidos, na esfera judicial e administrativa, não sejam os mesmos, onde a tutela jurisdicional buscada seja no sentido de que a recorrente possa recolher a Cofins conforme a LC nº 70/91 e que a Autoridade Fiscal se abstenha de exigir o recolhimento da Contribuição segundo a Lei nº 9.718, de 1998, e o pleito administrativo consistir em pedido de restituição dos valores pagos a título Cofins com base na Lei nº 9.718, de 1998, o fato é que o objeto das ações, judicial e administrativa, é exatamente o mesmo, qual seja, a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998.

Assim, em que pese à autonomia de instâncias, é sabido que não se pode admitir a concomitância de discussões na esfera judicial e administrativa sob pena de serem proferidas decisões conflitantes, o que seria contrário ao ordenamento pátrio, em obediência ao princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editou a Súmula CARF nº 1, *in verbis*:

Súmula CARF Nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Em face do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário, visto que a recorrente submeteu à apreciação do Poder Judiciário a matéria objeto desse processo.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)

José Luiz Bordignon