



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

Processo n° 16624.001202/2006-75
Recurso n° 371.857 Voluntário
Acórdão n° 3202-000.324 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de julho de 2011
Matéria COFINS. RESTITUIÇÃO
Recorrente ENERGO AGRO INDUSTRIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/09/2002 a 30/09/2002

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSOS JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. Não há concomitância entre os processos judicial e administrativo em relação à matéria que for distinta entre ambos, cabendo ao órgão de julgamento apreciá-la.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, para determinar que a autoridade julgadora recorrida aprecie a matéria no que for distinta à do processo judicial.

José Luiz Novo Rossari – Presidente

Irene Souza da Trindade Torres – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Mara Cristina Sifuentes e Wilson Sampaio Sahade Filho. Declarou-se impedido o Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“Trata-se de Pedido de Restituição de fl. 1, protocolado em 21/08/2006, no valor de R\$ 57.924,39, correspondente a recolhimento feito a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, relativo ao período de apuração de setembro/2002, conforme planilha de cálculo à fl. 19.

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. 40/45, 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 litigada 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 Normativa 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 ai, 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, conseqüências é que definirão se a prescrição operar-se-á ou não. A partir do momento em que a esfera de decisão foi para lá deslocado, 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 I do Supremo Tribunal Federal, em verdade, no caso da matéria aqui discutida, não tem este efeito.

Isto porque, a comentada decisão do Supremo (RE nº 346.084) 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 05/12/2006 (fl. 49), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 28/12/2006 (fls. 50/54), 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 para 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 DRJ-Campinas/SP indeferiu a solicitação da contribuinte (fls. 117/119), em decisão cuja ementa abaixo transcreve-se:

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

Período de apuração: 01/09/2002 a 30/09/2002

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”

Irresignada, a interessada apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls. 123/128), alegando, em síntese:

- que o objeto da medida judicial é distinto daquele envolvido no presente feito administrativo, razão pela qual tem procedência o pleito de restituição formulado;

- que, na ação judicial proposta (MS nº 1999.61.00.020915-3), pleiteou o direito de recolher o PIS e a COFINS sem a ampliação procedida em suas bases de cálculo, pelo art. 3º, I, da Lei nº 9.718/98;

- que seu pleito, na esfera judicial, foi julgado improcedente e, à vista do trânsito em julgado, ajuizou Ação Rescisória (AR nº 2006.03.00.008473-6), ainda em trâmite no Eg. TRF-3ª Região, com o objetivo de rescindir a decisão proferida no *writ* e, por consequência, deixar de pagar o PIS e a COFINS segundo 'os ditames da Lei nº 9.718/98;

- que, no caso ora em exame, o pleito é de restituição dos valores, justamente porque levaram em consideração a referida base de cálculo e, por consequência, ocasionaram um pagamento maior do que o devido;

- que formulou o pedido de restituição formulado no intuito de interromper o curso do prazo prescricional, não se opondo a recorrente ao sobrestamento do feito até decisão final a ser proferida na Ação Rescisória, unicamente como medida de economia processual; e

- no que respeita ao mérito, já foi referido que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei nº 9.718/98, 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 transitada em julgado as decisões proferidas (RE's nos 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840).

Ao final, requereu fosse assegurado o direito à restituição pleiteada.

É o Relatório

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

Ao teor do relatado, cuidam os autos de pedido de restituição formulado pela empresa ENERGO AGROINDUSTRIAL LTDA (fls. 01/06), protocolizado em 21/08/2006, no valor de R\$ 57.924,39, referente a alegados recolhimentos feitos a maior a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, relativo ao período de apuração de setembro/2002, conforme planilha de cálculo à fl. 19, sob a fundamentação de ter sido declarado ilegítimo pelo STF o artigo 30, inciso I, da Lei nº 9.718/98.

A DRJ-Campinas/SP deixou de apreciar o mérito do pleito por entender que havia concomitância entre os processos judicial e administrativo, sob o seguinte fundamento:

*(...) Todavia, ainda que o pedido da ação judicial (que a Autoridade Fiscal se abstenha de exigir o recolhimento do PIS e da Cofins segundo a Lei nº 9.718, de 1998) e o pedido deste processo (a restituição dos valores pagos a título de PIS e Cofins com base na Lei nº 9.718, de 1998) não sejam o mesmo, o fato é que a causa de pedir (inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 1998) é a mesma, o que torna o desfecho da ação judicial prejudicial à apreciação do pleito deste processo. Noutras palavras, **ainda que o objeto da ação judicial não seja todo ele idêntico ao destes autos, há coincidência entre eles, o que tem implicações diretas na apreciação do pedido de restituição.***

(grifo não constante do original)

Assim, conforme se verifica dos autos, manifestado pela própria autoridade julgadora de primeira instância, não há identidade de objeto entre o processo administrativo e o processo judicial, a qual implicaria na renúncia à via administrativa, conforme Súmula nº. 01 do CARF:

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.

Note-se que a restituição, objeto deste processo administrativo, somente existiria se houvesse pagamento a maior realizado pela contribuinte. A existência ou não desse pagamento a maior decorre do resultado da ação judicial proposta, mas não propriamente o direito à restituição pretendida, que se mostra inexistente sem a ocorrência daquele pagamento a maior.

Assim, entendo assistir razão à contribuinte, quanto à inoccorrência da concomitância, devendo a autoridade julgadora de primeira instância manifestar-se quanto ao objeto deste processo administrativo, no que se diferencia do processo judicial.

Isto posto, observando-se o princípio do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, **DOU PROVIMENTO** ao recurso voluntário, para determinar que a autoridade julgadora *a quo* aprecie a matéria destes autos, no que for distinta do processo judicial.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres

Processo nº 16624.001202/2006-75
Acórdão n.º **3202-000.324**

S3-C2T2
Fl. 133
