



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 07/07/2008.  
Sílvia Siqueira  
Mat: Sape 91745

CC02/C01  
Fls. 354

**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA**

**Processo nº** 19515.002145/2003-24  
**Recurso nº** 127.483 Voluntário  
**Matéria** Cofins  
**Acórdão nº** 201-80.371  
**Sessão de** 20 de junho de 2007  
**Recorrente** ARNO S/A  
**Recorrida** DRJ em São Paulo I - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicação no Diário Oficial da União  
de 05/08/08  
Rubrica

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Data do fato gerador: 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003

**AUTO DE INFRAÇÃO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. DECORRÊNCIA.**

Tendo sido julgado o processo relativo à compensação de forma desfavorável ao contribuinte, mantém-se o auto de infração lavrado em decorrência da referida compensação.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Data do fato gerador: 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003

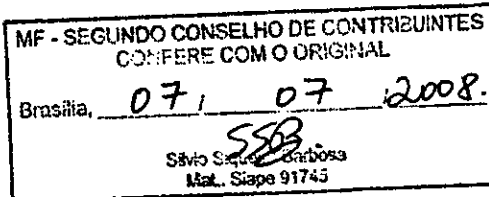
**COMPENSAÇÃO INDEVIDA. MULTA ISOLADA. RETROATIVIDADE BENIGNA.**

A multa isolada por compensação indevida somente é aplicável, no caso de compensação indevida, se houver falsidade da declaração de compensação, em face do disposto no art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, aplicando-se tal norma retroativamente às multas anteriormente aplicadas e não julgadas definitivamente em função do princípio da retroatividade benigna.

Recursos voluntário e de ofício negados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

*[Assinaturas manuscritas]*



ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES: I) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício; e II) quanto ao recurso voluntário, por maioria de votos: a) em rejeitar a preliminar de diligência proposta pelo Conselheiro Gileno Gurjão Barreto (Relator); e b) no mérito, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Gileno Gurjão Barreto (Relator) e Fabiola Cassiano Keramidas, que davam provimento. Designado o Conselheiro José Antonio Francisco para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral o advogado da recorrente, Dr. Gustavo Martins de Matos, OAB/SP 154355.

*Josefa Maria Coelho Marques*  
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

*José Antonio Francisco*  
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça e Ivan Allegretti (Suplente).

.

|                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------|------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES<br>CONFERE COM O ORIGINAL |            |
| Brasília,                                                        | 07/07/2008 |
| Silvio S. Barbosa<br>Mat.: Sape 91745                            |            |

A DRJ em São Paulo - SP, então, proferiu a Decisão nº 05.097, de 23 março de 2004 (fls. 286/293), conforme ementa a seguir:

*"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

*LITISPENDÊNCIA - NÃO CONHECIMENTO - Ocorrência de litispendência, sendo aplicável, por analogia, o CPC, art. 267, V c/c art. 301, V e parágrafos. Não é possível conhecer das alegações constantes da impugnação ao primeiro lançamento, já apresentados quando da discussão travada no âmbito de Processo de Restituição/Compensação.*

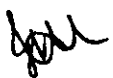
*LANÇAMENTO COMPLEMENTAR - MULTA DE OFÍCIO - RETROATIVIDADE BENIGNA DO ART. 18 DA LEI Nº 10.833/03 - Com a edição da Medida Provisória nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/03, não cabe mais imposição de multa fora dos casos mencionados pelo seu art. 18. Sendo tal norma aplicável aos lançamentos ocorridos anteriormente à edição da Medida Provisória nº 135/2003 em face da retroatividade benéfica (art. 106, II, 'c' do CTN), impõe-se o cancelamento da multa de ofício lançada em Auto de Infração complementar.*

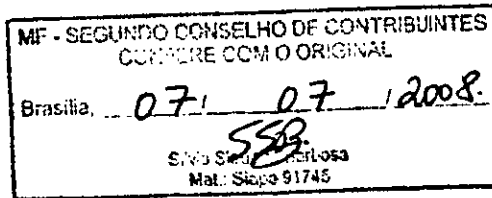
*Lançamento Procedente em Parte".*

Em complemento, recorreu de ofício a este Segundo Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 34, I, do Decreto nº 70.235/72, *"tendo em vista que o valor do crédito tributário exonerado excede a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)"*. Isso porque foi exonerado o crédito tributário referente ao 2º auto de infração lavrado, no valor de R\$ 12.330.914,50 (fls. 253/256), relativo à multa de ofício, em função da retroatividade benigna do art. 18 da Lei nº 10.833/2003.

Cientificada em 15/04/2004 (fl. 298) e inconformada com a parte que lhe foi desfavorável, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes em 07/05/2004 (fls. 302/313). Alega, em síntese, a contribuinte que: *"dentro da melhor hermenêutica do texto, que não podia a autoridade julgadora evocar a litispendência para abstrair-se ao exame do mérito da impugnação primeira. E pois, quando do veridicto deixou assente que 'analisar-se-á apenas o mérito da impugnação apresentada contra o lançamento complementar da multa de ofício', omitiu-se à prestação jurisdicional que lhe cabia dar em face da primeira impugnação"*. Solicita a reforma da decisão a quo.

É o Relatório.





## Voto Vencido

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos formais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Inicialmente, analiso a questão da litispendência alegada pela DRJ/SP e guerreada pela contribuinte em seu recurso voluntário.

Conclui-se na decisão *a quo* pela ocorrência de litispendência, sendo aplicável, por analogia, o Código de Processo Civil, art. 267, inciso V, conjugado com o art. 301, V, e parágrafos, de forma que não seria possível conhecer das alegações constantes da impugnação ao primeiro lançamento, pois estas já teriam sido apresentadas quando da discussão travada no âmbito de Processo de Restituição/Compensação, qual seja, o de número 10880.033502/98-62.

Não pode prosperar o entendimento da DRJ neste sentido. Em primeiro lugar, porque o processo administrativo fiscal é regido por normas próprias. Não se pode recorrer à analogia ao Código de Processo Civil, aplicável ao processo judicial, para que se respalde uma decisão tomada no âmbito do processo administrativo. O procedimento administrativo fiscal é regido pelo Decreto nº 70.235/72, o qual em nenhum momento usa o termo litispendência.

Além disso, entendo que, mesmo atrelado o presente processo a créditos de PIS discutidos no Processo Administrativo nº 10880.033502/98-62, nada impede que este Colegiado aprecie e enfrente o mérito da compensação de Cofins, tendo em vista que o lançamento existente nos autos do processo a esta Câmara submetido refere-se aos referidos créditos de PIS compensados com a Cofins aqui glosada. Assim, afasto a litispendência alegada pela DRJ e passo a analisar o mérito.

Neste tocante, a questão *sub examine* refere-se à restituição de indébitos referentes ao PIS, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 pelo STF, que regulamentam a exação.

Esta questão é bastante conhecida por este Conselho de Contribuintes, que possui diversos julgados neste sentido. Aplica-se na espécie o prazo quinquenal a partir da Resolução do Senado Federal, tal como asseverado no julgamento do Recurso Voluntário nº 133.571, a seguir transcrito:

***"PIS. RESTITUIÇÃO. NORMA INCONSTITUCIONAL. PRAZO DECADENCIAL.***

*O prazo para requerer a restituição dos pagamentos da Contribuição para o PIS, efetuados com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, é de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem no momento em que eles foram considerados indevidos com efeitos erga omnes, o que ocorreu com a publicação da Resolução nº 49, do Senado Federal, em 10/10/1995."*

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Primeira Seção, fixou o entendimento de que: "..., no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do

*gou*

*8*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 07/07/2008  
Selo S.º 58B  
Mat. Selo 91745

*Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados."*<sup>1</sup>

Para o Superior Tribunal de Justiça, portanto, reconhecida é a restituição do indébito contra a Fazenda, sendo o prazo de decadência contado segundo a denominada tese dos cinco mais cinco, nos moldes acima transcrito.

Os arts. 165 e 168 do CTN dispõem que:

*"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º, do art. 162, nos seguintes casos:*

*I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

*(...)*

*Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:*

*I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;*

*(...)"*. (Grifos meus)

Com efeito, se um determinado contribuinte recolheu mais tributo do que o devido por um equívoco seu (art. 165, inciso I, do CTN), a prescrição tem início com a extinção do crédito tributário (art. 168, inciso I, do CTN), que se deu com a homologação do lançamento, sendo a homologação tácita uma das modalidades de homologação.

Todavia, nos casos como o presente, em que a contribuinte recolheu tributo indevido (art. 165, inciso I, do CTN), com base em lei que, em momento ulterior, foi declarada inconstitucional, a contagem se dá de outra forma. Isto porque, no mundo jurídico, os decretos-leis que tinham instituído a cobrança indevida não existem, de modo que não se pode falar em crédito tributário propriamente dito.

Com isso, aplica-se, subsidiariamente, o Decreto nº 20.910/32, de acordo com o qual *"as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem."* (art. 1º).

Como o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, em controle concreto de constitucionalidade, essa decisão só passou a ter eficácia *erga omnes* com a publicação da Resolução nº 49, do Senado Federal, em 10/10/1995, momento em que a recorrente passou a fazer jus à restituição dos valores pagos indevidamente.

<sup>1</sup> Recurso Especial nº 608.844-CE, Ministro José Delgado, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, acórdão publicado em DJU, Seção I, de 7/6/2004.



|                                                                  |                                                                                    |
|------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES<br>CONFERE COM O ORIGINAL |                                                                                    |
| Brasília, 07/07/2008.                                            |  |
| Sálvio Sá<br>Mat.: Sape 91745                                    |                                                                                    |

## Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ ANTONIO FRANCISCO, Relator-Designado

Ambos os recursos satisfazem os requisitos de admissibilidade, devendo-se deles tomar conhecimento.

No tocante ao recurso de ofício, o Acórdão de primeira instância exonerou a contribuinte da multa aplicada no segundo auto de infração, aplicando retroativamente a disposição do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2002, em face das disposições do art. 106 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966).

Atualmente, o referido art. 18<sup>2</sup> tem a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488, de 2007, que determina a aplicação da multa, no caso de compensação declarada, apenas no caso de falsidade da Declaração de Compensação, o que não é o caso.

Dessa forma, não há o que se reformar no referido Acórdão.

Quanto ao recurso voluntário, trata-se de saber, preliminarmente, se a questão do mérito da compensação poderia ou não ser discutida no âmbito do presente processo.

Segundo o Acórdão de primeira instância, haveria litispendência, o que foi contestado no recurso.

De fato, não se trata de litispendência, mas de questão prejudicial.

A litispendência ocorre em face da existência de demanda anterior ainda não julgada que verse, de alguma forma, sobre a mesma matéria.

No caso dos autos, o que ocorre é que a compensação somente poderia ser discutida no âmbito do processo próprio de compensação. É nesse processo e somente nele que

  
<sup>2</sup> "Art. 18. Os arts. 3º e 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

(...)

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

(...)

§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1º, quando for o caso.

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas nos §§ 2º e 4º deste artigo." (NR)

|                                        |            |
|----------------------------------------|------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES |            |
| CONFERE COM O ORIGINAL                 |            |
| Brasília,                              | 07/07/2008 |
| Sílvia S. Barbosa<br>MOL: Super 91745  |            |

são discutidas as questões da compensabilidade (possibilidade jurídica de compensação), montante do débito, atualização de crédito e débito e data de valoração.

O auto de infração, em si, é consequência da irregularidade da compensação discutida naqueles autos. Portanto, apenas são discutíveis no presente auto de infração questões próprias, que, no caso, referiram-se apenas à obrigatoriedade do exame do mérito da compensação.

No tocante ao mérito, aplica-se ao auto de infração o resultado do julgamento do processo de compensação.

Em julgamento de 13 de maio de 2005, a 2ª Câmara deste 2º Conselho de Contribuintes negou provimento ao Recurso nº 117.870 pelo Acórdão nº 202-14.760, cuja ementa é abaixo reproduzida:

***"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - PRELIMINAR DE NULIDADE - NÃO ACATAMENTO.***

*Acertada é a decisão recorrida que não conhece os argumentos de defesa do sujeito passivo quando não forem aos autos elementos necessários ao complemento conhecimento da lide.*

***PIS - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO CRÉDITORIO SOBRE RECOLHIMENTOS EFETUADOS COM BASE NOS DECRETOS-LEIS Nºs 2.445/88 e 2.449/88.***

*1) A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170, CTN). 2) A compensação de créditos tributários só é possível com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos. Não comprovada a existência de créditos dessa natureza, não há como ser averiguada a existência do direito à compensação.*

***APRESENTAÇÃO DE PROVAS - PRECLUSÃO.***

*Determina o § 4º do art. 16 do Dec. nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 9.532/97, que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; e c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. Não demonstrando a recorrente estar enquadrada em quaisquer das hipóteses capazes de permitir a apresentação das provas após a impugnação estaria tal providência atingida pela preclusão. 2) A simples apresentação de comprovantes de pagamento, sem o acompanhamento de qualquer indicação de que os valores recolhidos foram indevidos, não se presta, por si só, como prova da existência de indébito.*

***Recurso ao qual se nega provimento."***

*[Assinatura]*

|                                                                                                                                 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES<br>CONFERE COM O ORIGINAL<br>Brasília, 07/07/2008.<br>Selo S. Barbosa<br>Mat. Sape 91745 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Contra o referido acórdão, a interessada apresentou o Recurso de Divergência nº 202-117.870, do qual a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais não tomou conhecimento no Acórdão CSRF/02-02.147, de 23 de janeiro de 2006, conforme ementa abaixo reproduzida:

**"ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. CARACTERIZAÇÃO.**

*Não caracterizada a divergência em face do acórdão recorrido ter decidido questão diversa daquela enfrentada pelos acórdãos paradigmas, não se toma conhecimento do recurso pela falta de pressuposto objetivo.*

*Recurso especial não conhecido."*

Com efeito, a insistência da interessada em ver o mérito da compensação apreciada nos presentes autos parece decorrer do indeferimento sistemático de seus recursos no processo próprio de compensação.

Entretanto, o mérito da matéria foi lá decidido de forma definitiva e, assim, tratando-se de questão prejudicial à análise do auto de infração, cabe apenas aplicar aquela decisão ao caso dos autos, mantendo o auto de infração.

À vista do exposto, voto por negar provimento aos recursos voluntário e de ofício.

Sala das Sessões, em 20 de junho de 2007.

  
JOSE ANTONIO FRANCISCO 