



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

Processo nº 10314.003661/2009-53
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3001-000.613 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 22 de novembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
Recorrente FLEURY SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005

DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. CONTEÚDO DECLARATÓRIO. DEVER DE OBEDIÊNCIA. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Uma vez comprovado o trânsito em julgado de decisão judicial, e, comprovada a identidade de objeto com o processo Administrativo Fiscal Federal, deverá, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, curvar-se a seus ditames, aplicando a decisão e extinguindo o crédito tributário nos ditames do artigo 156, X, do Código Tributário Nacional..

PROCESSUAL CIVIL. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE A IMPORTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.

O PIS incidente sobre a importação, cuja base de cálculo for composta pelo ICMS foi declarado inconstitucional conforme julgamento do Recurso Ordinário 559.937/RS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do recurso voluntário, para dar-lhe provimento. Vencido o conselheiro Orlando Rutigliani Berri que não o conheceu e manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Orlando Rutigliani Berri - Presidente

(assinado digitalmente)

Renato Vieira de Avila - Relator

(assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Orlando Rutigliani Berri (Presidente), Renato Vieira de Avila, Marcos Roberto da Silva e Francisco Martins Leite Cavalcante.

Relatório

Auto de Infração

Trata-se de Auto de Infração de n. 0815500/01254/09, lavrado pela Secretaria da Receita Federal em São Paulo/SP, na data de 20/04/2009, em face de Fleury S.A, segundo o qual se verificou a insuficiência do recolhimento do PIS e da COFINS, ambos na modalidade Importação, em decorrência das Declarações de Importação de n. 05/1071584-7, 05/1106502-1 e 05/1189803-1, registradas, respectivamente em 05/10/2005, 13/10/2005 e 03/11/2005, perfazendo o montante de **R\$ 14.219,08** (quatorze mil duzentos e dezenove reais e oito centavos), sendo R\$ 1.674,90 de contribuição ao PIS, acrescido de R\$ 714,46 de juros e R\$ 8.290,63 de COFINS, com R\$ 3.539,09 de juros.

A autuação tem a seguinte fundamentação legal: “Arts. 1º, 3º, inciso I, 4º, inciso I, 5º, inciso I e 8º, inciso II, 13, inciso I, 19 e 20 da Lei n 10.865, de 30 de abril de 2004. Arts. 2º, 3º, 482, 483, 485, 491, 504, 602, 604, inciso IV, e 684 do Decreto nº 4.543/02”.

Acrescenta-se que o auto de infração foi lavrado para prevenir a decadência, em função da suspensão da exigibilidade do crédito tributário deferida liminarmente nos autos da Ação Declaratória n. 2004.61.00.014593-8 da 11ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, conforme informação de fl. 119.

A autuada foi intimada para apresentação de impugnação no prazo de 30 (trinta) dias.

Impugnação

Em sede de impugnação, a contribuinte aduziu, primeiramente, a impropriedade do lançamento do crédito tributário em decorrência da lavratura de auto de infração de crédito tributário com exigibilidade suspensa, entendendo que, por força dos arts. 9º a 11 do Decreto n. 70.235/72, deveria ter sido utilizada tão somente a notificação fiscal de lançamento pela falta de pagamento como forma de evitar o fenômeno da decadência. Ademais, pontuou que a exigência de tributos diferentes, quais sejam o PIS e a COFINS, não poderia ter sido feita no mesmo auto de infração, pois haveria ofensa ao §1º do art. 9º já mencionado.

A seguir, alega que o depósito judicial efetuado na ação cautelar n. 2006.61.00.022297-8 da 11ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP teria o condão de obstar o lançamento realizado por meio do auto de infração combatido, bem como que pela mesma razão poderiam ser cobrados os juros de mora respectivos.

Posteriormente, a contribuinte realizou aditamento à impugnação, ocasião em que alegou a duplicidade da autuação pela existência de outros dois autos de infração (MPF 05/0029590-5 e MPF 05/0029758-4) com o mesmo objeto do presente lançamento.

DRJ/SP1

A impugnação foi julgada e recebeu a seguinte ementa:

Acórdão 1645.822 – 24ª Turma Sessão de 17 de abril de 2013 Processo 10314.003661/200953 Interessado FLEURY SA CNPJ/CPF 60.840.055/0001-31 ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Ano-calendário: 2005 CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Ação Declaratória. Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial. ADN Cosit nº 3/96.

DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO: Cancela-se parcialmente o lançamento pois parte do crédito tributário apurado pela fiscalização foi lançado em duplicidade.

Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte

O relatório, por bem retratar a realidade fática dos autos, merece ser transcrito.

A impugnante promoveu o registro das declarações de importação elencadas nas fls. 10 e 11, DI nº 05/10715847, nº 05/11065021 e nº 05/11898031, submetendo a despacho as mercadorias ali descritas.

Com base em decisão judicial na Ação Declaratória nº 2004.61.00.0145938, da 11ª Vara Federal de São Paulo, a impugnante obteve o direito de desembaraçar as mercadorias importadas recolhendo o PIS-Importação e o Cofins-Importação com a exclusão da alíquota do ICMS da base de cálculo. Posteriormente essa decisão liminar foi revogada por Agravo de Instrumento da União. Por fim, a impugnante interpôs Ação Cautelar nº 2006.61.00.0222978 na mesma Vara Federal, fl. 209, solicitando o direito de depositar os valores controversos. A Justiça Federal deferiu a liminar, fl. 227, permitindo o depósito da diferença de cálculo das contribuições com a exclusão do ICMS da base de cálculo.

Sendo assim, a fiscalização lavrou o presente auto de infração para a constituição dos créditos tributários relativos aos valores não recolhidos de PIS-Importação e Cofins-Importação e seus respectivos juros. A autuação totalizou o valor de R\$ 14.219,08.

Intimada do Auto de Infração em 22/06/2009 (fl. 117), a interessada apresentou impugnação e documentos em 17/07/2009, juntados às fls. 122 e seguintes, alegando em síntese:

1. Alega preliminarmente que a modalidade de lançamento não deveria ser por Auto de Infração e sim por Notificação de Lançamento, conforme interpretação dos artigos 9, 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72 (PAF).

2. Alega que as autuações deveriam ser formalizadas em Autos de Infração distintos para cada imposto.

3. Alega que o depósito judicial impediria a constituição do crédito tributário pelo lançamento. Cita doutrina e jurisprudência sobre o tema.

4. Alega que seria incabível o lançamento de juros de mora pois o depósito judicial ocorreu antes do lançamento e antes do vencimento da obrigação. Cita jurisprudência sobre o tema. Cita o art. 63 da Lei nº 9.430/96.

5. Requer, por fim, o cancelamento do auto em função das alegações preliminares, ou, em função da existência de depósito judicial. Requer também que no mérito sejam julgados improcedentes os juros de mora lançados.

Em 24/07/2009 a impugnante apresentou informações complementares à sua impugnação, fl. 231, alegando em síntese.

1. Reafirma os argumentos já apresentados em sua impugnação tempestiva.

2. Afirma que duas das declarações de importação autuadas, DI nº 05/11065021 e DI nº 05/10715847, já foram objeto de lançamento em relação ao Cofins-Importação. Apresenta os respectivos autos e impugnações.

3. Requer que seja reconhecida a duplicidade de lançamento.

É o relatório.

A DRJ rejeitou as preliminares de nulidade do auto de infração pelo uso da via inadequada e pelo lançamento de tributos distintos no mesmo auto de infração, afirmando que o lançamento não poderia ter sido efetuado por notificação e que o PIS-Importação e a COFINS-Importação estão sendo exigidos por meio de autos de infração individualizados, tendo sido reunidos no mesmo processo por se tratar do mesmo sujeito passivo, de modo que o procedimento adotado pela autoridade fiscal está correto.

Quanto às matérias de mérito, entendeu que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não impede que seja efetuado o lançamento para prevenção da decadência, sendo conduta condizente com o art. 142 do CTN. Em relação aos juros de mora, julgou que estes são devidos entre a data do registro das declarações de importação e do depósito integral em juízo do montante controverso.

No tocante aos argumentos trazidos no aditamento à impugnação, a DRJ considerou que de fato os créditos relacionados a COFINS-Importação com base nas DIs n. 05/1071584-7 e 05/1106502-1 são objetos de outros processos administrativos, devendo ser excluídos da presente autuação. Já o PIS-Importação relativo às três declarações de importação e a COFINS-Importação referente à DI n. 05/119803-1 devem ser mantidos, tendo em vista o ajuizamento da ação declaratória n. 2004.61.00.014593-8, na qual se discute tais débitos, resultando na renúncia da sua análise na esfera administrativa, por força do art. 38, parágrafo único da Lei n. 6.830/80.

Isso posto, considerou **parcialmente procedente** a impugnação, mantendo parte do crédito tributário.

Recurso Voluntário

Após relatar brevemente os eventos fáticos transcorridos, a recorrente repete os argumentos trazidos na impugnação, quais sejam:

Suspensão da exigibilidade do crédito tributário por depósito do montante integral

A recorrente alega que o depósito judicial do montante integral do crédito tributário tem o condão de obstar o lançamento, ainda que para prevenção da decadência, por força do art. 63 da Lei n. 9.430/96, tratando-se de hipótese em que o contribuinte constitui o crédito por meio do depósito, ficando sujeito à homologação pelo Fisco.

Trânsito em julgado com decisão favorável na ação judicial
Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-Importação

Posteriormente, a recorrente informou ter havido o trânsito em julgado com decisão favorável na ação judicial em que se discutia o objeto do presente processo administrativo, qual seja a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação, requerendo o cancelamento do auto de infração e o arquivamento destes autos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Renato Vieira de Avila, Relator

Trata-se de recurso voluntário interposto em face de decisão que julgou **parcialmente procedente** a impugnação apresentada em face do Auto de Infração n. 0815500/01254/09.

Admissibilidade do Recurso

A contribuinte compareceu à Secretaria da Receita Federal **12.06.2013**, data em que teve ciência do acórdão de impugnação, conforme termo de ciência de fls. 302/303, tendo apresentado Recurso Voluntário em **03.07.2013** (fl. 252). Posteriormente, foi intimada na data de **18.07.2013** para complementar ou ratificar o recurso, como se vê do Aviso de Recebimento – AR de fl. 300, nos termos do inciso II do parágrafo 2º do artigo 23 do Decreto 70.235 de 06.03.1972 (PAF), iniciando-se a contagem do prazo para apresentação de recurso no dia útil subsequente, conforme artigo 5º, também do PAF.

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Verifica-se, pois, que a recorrente ratificou o competente Recurso Voluntário em **29.07.2013**, conforme comprova o comprovante de protocolo da CAC/PAULISTA de fl. 393. Desse modo, seja considerando a ciência pessoal na Secretaria da Receita Federal, seja tendo por base a intimação postal para complementar/ratificar o recurso, o recurso apresentado é **tempestivo** ao prazo legal estabelecido no artigo 56 do PAF:

Art. 56. Cabe recurso voluntário, com efeito suspensivo, de decisão de primeira instância, dentro de trinta dias contados da ciência.

Por fim, observo que, em conformidade com o art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343 de 2015 (Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF), este

colegiado é **competente** para apreciar o feito, tendo em vista que o valor do litígio está dentro do limite estabelecido pelo dispositivo.

DOS FATOS

Trata o presente processo de recurso voluntário apresentado em decorrência de decisão que julgou parcialmente procedente impugnação oferecida, mantendo-se o crédito tributário no montante de R\$ 4.028,80, sendo R\$ 1.674,90 de PIS-Importação e R\$ 2.353,90 de COFINS-Importação. Questiona-se, nesse julgamento, a impossibilidade do lançamento em decorrência do depósito judicial do montante integral, que seria modalidade de constituição do crédito tributário, ficando sujeito à homologação pelo Fisco. Há também notícia de que o objeto do recurso foi julgado favoravelmente ao contribuinte em ação judicial com trânsito em julgado.

MÉRITO

Faz parte substancial da divergência a existência da ação judicial 0022083-04.2012.4.03.6100, cuja tramitação deu-se na Justiça Federal de Vitória/ES, cujas partes são a ora recorrente e a fazenda pública. Tem-se noticiado nestes autos, que mencionado processo fora julgado com resolução de mérito, tendo sido acostado a competente certidão de seu trânsito definitivo.

Por este motivo, qual seja, o trânsito em julgado de decisão judicial, encontra-se caracterizado o fato extintivo do crédito tributário previsto no artigo 156, X, do Código Tributário Nacional.

CAPÍTULO IV - Extinção do Crédito Tributário

SEÇÃO I - Modalidades de Extinção

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

X - a decisão judicial passada em julgado.

Foi informado em fls. 407, pela recorrente, a existência de trânsito em julgado da Ação Anulatória de Débito Fiscal n.º 0022083-04.2012.4.03.6100, perante a justiça federal de são paulo Em fls. 434 encontra-se a ementa prolatada pelo TRF da 4a. Região, com os seguintes dizeres:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ART. 557 DO CPC. APLICAÇÃO. FACULDADE DO RELATOR. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE A IMPORTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO (RE 559.937/RS). CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DA FAZENDA.

- De acordo com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, ao relator é **permitido** decidir singularmente o mérito do recurso por meio da aplicação do direito à espécie, com fundamento em súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores. Assim, trata-se faculdade dada ao magistrado e não de imposição legal, razão pela qual não há que se falar em obrigatoriedade de negativa de seguimento ao presente apelo.

- O artigo 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/2004, estabelece a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS sobre a importação do ICMS e do valor das próprias contribuições, o que extrapola a base de cálculo constitucionalmente prevista no artigo 149, § 2º, inciso III, alínea *a*, qual seja, o valor aduaneiro.

- O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário nº 559.607/SC e a questão foi pacificada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.937/RS, no qual se entendeu ser inconstitucional a expressão acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à

Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições", contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04.

- No tocante à correção monetária, frisa-se, trata-se de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal.

- No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Quanto aos honorários advocatícios, verifico que se trata de ação em que foi vencida a União, razão pela qual sua fixação deverá ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.155.125/MG, representativo da controvérsia.

Desta forma, ou seja, em havendo identidade de objeto, em ação judicial transitada em julgado e nos autos do processo administrativo, deve o Conselheiro, submeter-se à decisão proferida em sede do poder judiciário. Este vem sendo o tratamento dado por este CARF em julgados semelhantes, como se observa da seguinte ementa:

Acórdão nº 3401-003.805

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano calendário: 2010, 2011

DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. LIMITES OBJETIVOS. OBSERVÂNCIA.

A decisão que julga, total ou parcialmente o mérito, tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida e, recoberta pelos efeitos da coisa julgada, tornase imutável e indiscutível, considerandose deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que poderiam ser opostas, tanto para o acolhimento quanto para a rejeição do pedido (arts. 502, 502 e 508 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15), motivo pela qual, aliada à observância do princípio da unidade de jurisdição, a opção pela via judicial implica renúncia à discussão administrativa sobre as mesmas matérias deduzidas perante o Poder Judiciário, devendo a decisão lá proferida ser cumprida em seus exatos termos.

Recurso de ofício negado.

Conclusão

Diante do exposto, decido por conhecer do recurso para dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)
Renato Vieira de Avila

Declaração de Voto

Conselheiro Orlando Rutigliani Berri.

A presente Declaração de Voto, *concessa venia* aos meus dignos pares, tem por única finalidade trazer meu entendimento quando nos deparamos com a situação processual em que o sujeito passivo propõe ação judicial contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal.

Delimitada a questão a ser apreciada, é de interesse evidenciar que a referida hipótese -concomitância- não é objeto de questionamento por nenhuma das partes interessadas no feito.

Convém também salientar que o fato que motivou meus pares a decidir pelo conhecimento do presente recurso voluntário e consequente provimento de seu pedido assenta-se na constatação, após pesquisa empreendida pelo nobre Relator, afora a identidade de objeto das matérias discutidas no âmbito judicial e no administrativo, de a ação judicial, ajuizada em razão de petição apresentada pelo recorrente, transitou em julgado, é o que resta claramente sintetizado na ementa deste acórdão.

Desta feita, peço licença para, em breves anotações e em linhas gerais, expor meu pensar.

Ignora-se, no entanto, que, em vista do princípio da unicidade de jurisdição, orientador do sistema pátrio, submeter à apreciação judicial a matéria importa em obstar a discussão da mesma em sede administrativa, porquanto o sujeito passivo/ contribuinte/defendente, ao sujeitar a análise das mesmas ao poder judiciário, vinculou-se ao deslinde do feito a ser proferido pelo órgão judicante.

É que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, atribui ao poder judiciário o monopólio estatal de dizer o direito no caso concreto, em última palavra, infirmando a competência administrativa para decidir de modo diverso.

Com efeito, dispõe o Parecer Normativo Cosit nº 7 de 22.08.2014, cuja ementa abaixo se transcreve, *verbis*:

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente.

A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação. A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.

Não obstante a clareza do enunciado da ementa acima transcrita, peço, uma vez mais, licença para colacionar trechos da referida norma, a fim de melhor esclarecer os fundamentos pelos quais divirjo do entendimento majoritário da turma, *verbis*:

Dos efeitos da concomitância entre as instâncias administrativa e judicial

11. O assunto sub examine, qual seja, as consequências do ingresso do sujeito passivo em juízo no curso do processo administrativo fiscal, já foi objeto de minudente estudo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), evidenciado no Parecer em Processo nº 25.046, de 22 de setembro de 1978, publicado no DOU de 10 de outubro de 1978, cuja ementa abaixo se reproduz:

Ação judicial proposta no curso de processo administrativo-fiscal - A opção pela via judicial, instância superior e autônoma, importa em desistência do recurso voluntário na esfera administrativa, com idêntico objeto. Definitividade da decisão recorrida e perda de objeto do recurso.

11.1. Referido opinativo foi elaborado por solicitação do Secretário-Geral do Ministério da Fazenda em virtude dos seguintes fatos, em síntese:

11.1.1. O então Conselho de Contribuintes (CC), ao julgar recurso interposto pela parte, tendo tomado conhecimento do seu ingresso em juízo com uma ação ordinária anulatória do auto de infração que dera origem ao processo administrativo, decidiu, por maioria de votos de sua 1ª Câmara, por “acolher a preliminar de conhecimento do recurso, mas deixar de apreciar o mérito por perda do objeto”, uma vez que o aspecto legal da incidência encontrava-se sob a tutela do Poder Judiciário. Tem a seguinte redação a ementa do Acórdão nº 101-70.492, de 13 de dezembro de 1977, exarado na ocasião:

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. A sua propositura pressupõe a definitividade do débito fiscal e implica no abandono da instância administrativa, visto que se, por um lado, é certo que só pode ser anulado o que juridicamente existe, por outro, também é verídico que ao sujeito passivo assiste o direito de recorrer ao Poder Judiciário sem esgotar a Instância Administrativa.

11.1.2. Dessa decisão a PGFN recorreu ao Senhor Ministro da Fazenda, em conformidade com a legislação vigente à época, a saber, o art. 37, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 1972, revogado pelo Decreto nº 83.304, de 28 de março de 1979, por entender que “a decisão impugnada contraria o disposto no art. 151, III, do Código Tributário Nacional, bem como os artigos 14 e seguintes do Decreto nº 70.235/72”, pelo que deveria o processo retornar à Câmara recorrida, para o necessário julgamento do mérito.

11.2. Transcrevem-se abaixo algumas das considerações e conclusões expendidas no Parecer nº 25.046, de 1978:

30. O Decreto nº 70.235, de 6/3/72, contém as normas processuais da fase contenciosa administrativa. No pressuposto de que ocorra, já aí, a inconformidade do contribuinte.

31. O art. 62, desse Decreto, dispõe apenas sobre a suspensão da execução. E o parágrafo único permite, a par da existência de pretensão formulada em Juízo, que se complete a individualização da obrigação, fazendo nascer o título. Existindo este, materializado e individualizado, estaria finda a fase administrativa. Esta só se prolonga em razão do recurso voluntário facultado ao contribuinte.

32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em Juízo. Pode fazê-lo diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial, importa, em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir da autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo, válido, dado por intempestivo, ou incabível por falta de garantia, ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.

37. Portanto, desde que a parte ingressa em Juízo contra o mérito da decisão administrativa - contra o título materializado da obrigação - essa opção via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior.

[...]

40. Portanto, a desistência implícita do recurso torna definitiva a individualização contra a qual se recorrera, independentemente de qualquer outra declaração. E o título executivo é aquele resultante dessa decisão recorrida, que se faz definitiva.

41. A hipótese do parágrafo único do art. 62, do Decreto nº 70.235, objetiva a constituição do título executivo, para os casos previstos no caput do artigo, como v.g. no mandado de segurança preventivo. Nada impede que o fisco constitua e individualize o título, para futura e eventual cobrança, mesmo quando haja medida judicial que suspenda ou impeça essa cobrança. É que a suspensão é da cobrança e não da emissão do título executório.

III

42. Concluindo, quer nos parecer que o ajuizamento, pelo contribuinte, de ação, cujo objeto seja idêntico ou mais amplo que o do recurso administrativo, importa na desistência deste, fazendo definitiva a decisão contra a qual recorrera.

43. Por força dessa desistência ou renúncia, o recurso perde o seu objeto, e, conseqüentemente, não pode ser conhecido.

44. O disposto no parágrafo único, do art. 62, do Decreto nº 70.235, de 1972, tem por finalidade, apenas, a definitiva constituição do título, para futura e eventual cobrança, como se deixou esclarecido nos itens 32 e 42 supra.

45. Se, por uma lado, não deve ser provido o recurso, para ordenar a apreciação do mérito, cabe à autoridade ad quem declarar definitiva a decisão da 1ª instância, em razão da desistência do recurso interposto pela parte.

11.3. O então Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional subscreveu tais considerações e conclusões, aditando outras, que se reproduzem em parte:

11. Nessas condições, havendo fase litigiosa instaurada - inerente à jurisdição administrativa - pela impugnação da exigência (recurso latu sensu) seguida, ou mesmo antecedida, de propositura de ação judicial, pelo contribuinte, contra a Fazenda, objetivando, por qualquer modalidade processual - ordenatória, declaratória, ou de outro rito -, a anulação do crédito tributário, o processo administrativo fiscal deve ter prosseguimento - exceto na hipótese de mandado de segurança, ou medida liminar, específico - até a inscrição de Dívida Ativa, com decisão formal da instância em que se encontre, declaratória da definitividade da decisão recorrida, sem que o recurso (latu sensu) seja conhecido, eis que dele terá desistido o contribuinte, ao optar pela via judicial.

12. Essa, aliás, a linha doutrinária adotada pelo Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, presidido pelo culto Dr. Haroldo Braga Lobo.

13. Conseqüentemente, o recurso do Digno Procurador da Fazenda Nacional deve ser conhecido, para reformar o Acórdão da 1ª Câmara do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, não, porém, para ordenar ao colegiado que aprecie o recurso no mérito, mas a fim de declarar definitiva a decisão da primeira instância, pois a opção do contribuinte pela via judicial - no caso, propositura de ação ordinária objetivando a anulação do débito fiscal - importa em renúncia à via administrativa e, portanto, em desistência do recurso interposto no processo administrativo fiscal.

14. Restitua-se o processo ao Senhor Secretário-Geral deste Ministério.

11.4. Em seguida, o Secretário-Geral do Ministério da Fazenda, por delegação de competência do Senhor Ministro da Fazenda, adotou o Parecer da PGFN, conhecendo do recurso interposto, para reformar o Acórdão da 1ª Câmara do 1º CC em comento, segundo o despacho abaixo:

Pelos fundamentos expostos no Parecer da Douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que adoto, e no uso da competência que me foi delegada pelo inciso II, nº 5, da Portaria nº 300, de 13/8/75, do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, conheço do recurso interposto pelo Sr. Procurador da Fazenda Nacional, para reformar o Acórdão da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, não, porém, para que o colegiado aprecie, no mérito, o recurso que lhe foi dirigido, mas a fim de declarar definitiva a decisão de primeira instância, pois a opção do contribuinte pela via judicial importa em renúncia à via administrativa e, portanto, em desistência do recurso interposto no processo administrativo fiscal. Publique-se, juntamente com o referido parecer, e restitua-se o processo ao 1º Conselho de Contribuintes.

Em suma, a opção pela via judicial, por qualquer modalidade de ação, antes ou concomitantemente à esfera administrativa, não só torna completamente estéril, pois, a discussão em âmbito não jurisdicional, como importa renúncia às instâncias administrativas, ainda que tenha-se notícia da ocorrência do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, pois, sob o meu ponto de vista, a execução administrativa da decisão judicial cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, como órgão executor, sem intervenção das instâncias administrativas de julgamento, mostrando-se, por óbvio, descabida a fase contenciosa administrativa para se discutir, quiçá, como esta norma individual e concreta, consubstanciada na decisão judicial, deva ser executada.

A contrário senso, a mim parece como se a decisão judicial estivesse sendo submetida ao crivo de uma decisão administrativa, que é expedida por órgão ou agente público que não detém jurisdição, *strictu sensu*, em plena subversão da ordem estabelecida pelo nosso sistema jurídico.

Diante deste quadro, a leitura que faço da súmula CARF nº 1 é que a opção pela via judicial, a qualquer tempo, antes ou após o lançamento, afasta qualquer possibilidade de julgamento administrativo acerca do mesmo assunto, ainda que o lançamento se refira a cumprimento administrativo de decisão judicial já transitada em julgado.

São estas as razões pelas quais concluo que, também nestes casos, o recurso administrativo não deveria ser conhecido, devido à desistência/renúncia à discussão administrativa manifestada anteriormente, por ocasião da dedução da lide perante o Poder Judiciário.

Do exposto, resta votar por não conhecer da petição recursal.

É como penso e voto.

(assinado digitalmente)

Orlando Rutigliani Berri