



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

Processo n° 10530.001877/99-51
Recurso n° 140.883 Voluntário
Acórdão n° 3201-001.617 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de abril de 2014
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO
Recorrente PANIFICADORA VITORIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/12/1991

CONCOMITÂNCIA.

A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual é suficiente para caracterizar a desistência de eventuais recursos administrativos à luz do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 1980, independentemente do resultado da discussão judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

JOEL MIYAZAKI - Presidente.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

DANIEL MARIZ GUDIÑO - Relator.

EDITADO EM: 05/11/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joel Miyazaki, Ana Clarissa Masuko Araújo, Adriene Maria de Miranda Veras, Daniel Mariz Gudiño, Winderley Moraes Pereira e Carlos Alberto Nascimento e Silva.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até o último estágio processual, segue abaixo a transcrição do relatório da Resolução nº 201-00.148, de 21/06/2001:

Trata-se de pedido de restituição, protocolado em 03/09/99, sob a alegação de que "A peticionária antecipou indevidamente o FINSOCIAL a maior do período de setembro de 1989 a março de 1992, fazendo jus, portanto, na forma do Decreto nº 2.138/97, C/C com a Instrução Normativa nº 21/97, a restituição das quantias recolhidas a mais, devidamente acrescida da SELIC". Requer a restituição do FINSOCIAL recolhido a maior, pleiteando os valores relativos aos períodos de setembro de 1989 a março de 1992, trazendo os documentos que comprovam os recolhimentos.

A Delegacia da Receita Federal em Feira de Santana - BA, às fls. 58/61, decidiu pelo indeferimento do pedido de restituição, afirmando haver se operado a decadência do direito à restituição pleiteada, fundamentando-se nos arts. 165 e 168 do CTN, no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538/99, e no Ato Declaratório SRF nº 096/99.

Inconformada, a empresa apresentou sua impugnação, fls. 63/74, trazendo suas razões com fundamento no Parecer COSIT nº 58/98, afirmando que os valores pleiteados poderiam ser devolvidos sem restrições com base nos dispositivos deste parecer. Cita doutrina fazendo referência à tese de que o prazo para pleitear a restituição perante a autoridade administrativa, nos casos como o presente, nasceria somente com a declaração de inconstitucionalidade da exação pelo Supremo Tribunal Federal. Faz referência, também, à tese de que, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo de cinco anos para pedir a repetição do indébito somente começa a correr depois da homologação realizada pelo Fisco; não sendo expressa essa homologação, ocorre a homologação tácita, após cinco anos contados da data do fato gerador; assim, afirma que ao prazo de cinco anos deve ser acrescido mais cinco anos. Afirma, com referência ao Ato Declaratório SRF nº 096/99, que a extinção do crédito tributário se dá após decorridos cinco anos do fato gerador. Colaciona uma série de precedentes jurisprudenciais que corroboram com o entendimento que adota, e informa que entraria com Ação Ordinária de Repetição de Indébito, junto à Justiça Federal, pleiteando a restituição/compensação desses valores. Requer a restituição ou a compensação dos seus alegados créditos.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Salvador - BA, à fl. 76, diante da afirmação da contribuinte de que ingressaria com ação judicial junto à Justiça Federal, determinou a intimação da empresa para apresentar cópia da petição inicial que teria instruído o processo ou para firmar declaração de que não intentara a ação. A ora recorrente quedou-se inerte, e o Fisco juntou comprovação de que a ora recorrente impetrara Mandado de Segurança individual,

distribuído em 14/08/2000, conforme pesquisa realizada na internet, na Seção Judiciária da Bahia.

Resolveu, então, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Salvador - BA, às fls. 81/85, não conhecer da impugnação apresentada, sob o fundamento de que "A opção pela via judicial importa em renúncia ou desistência da esfera administrativa, em face do princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política". Traz a lume o princípio do Controle Jurisdicional, art. 5º, XXXV, CF, afirmando que ao optar pela via judicial o cidadão renuncia ao julgamento de seu pleito na esfera administrativa. Fundamenta-se, ainda, no Decreto-Lei nº 1.733/79, art. 1º, § 2º, Lei nº 6.380/80, art. 38, parágrafo único, Ato Declaratório (Normativo) nº 3 da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, julgado do Eg. Primeiro Conselho de Contribuintes, e Parecer PGFN nº 25.046, de 1978, concluindo por não conhecer da impugnação "em razão de a matéria já ter sido submetida à apreciação do Poder Judiciário, cuja decisão será cumprida pela administração tributária, por intermédio do órgão fiscal jurisdicionante".

Em recurso voluntário, às fls. 86/98, a recorrente manifesta sua inconformidade com a decisão atacada, apresentando suas razões, afirmando inicialmente que "ainda, não ingressou, junto ao judiciário, pedindo que lhe permitido a compensar os FINSOCIAL recolhido a maior, por isso, ao não julgar o seu pedido, data máxima vênua, laborou em grande equívoco o Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento...". Tece comentários acerca da compensação e da restituição, fazendo referência às Leis nºs 8.383/91; às INs nºs 67/92, 21/97 e 73/97; ao Decreto nº 2.138/97; e ao Parecer COSIT nº 58/98. Alega que a Receita Federal vinha promovendo normalmente a compensação e a restituição, até o advento do Ato Declaratório SRF nº 096/99, quando passou a considerar a decadência do direito ao pedido de restituição de maneira diferente. Aduz que a extinção do crédito tributário e a prescrição do direito de pleitear sua restituição, no lançamento por homologação, "se dá após o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita". Colaciona precedentes jurisprudenciais na esteira deste pensamento. Conclui por requerer que se considere o termo inicial do prazo para pleitear a restituição a data em que o seu direito se tornou disponível, que considera sendo a data da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, pugnano pelo provimento do recurso.

Em 21/06/2001, o julgamento do recurso voluntário foi convertido em diligência "...para verificação da fase processual da ação judicial impetrada pela ora recorrente, informando eventual julgamento de mérito, sob pena de arquivamento do processo".

Em decorrência, a autoridade preparadora intimou a Recorrente a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da Decisão Judicial do Processo 2000.33.00.021683-9.

A Recorrente, a seu turno, atravessou petição para esclarecer que o processo judicial em questão fora extinto sem julgamento de mérito em 08/11/2000. Juntou andamento processual para demonstrar o alegado. Além disso, defendeu que a causa de pedir era diferente do pedido administrativo, mas não juntou cópia da inicial do mandado de segurança. Por tais razões, defendeu a inexistência de concomitância.

O processo foi novamente devolvido para julgamento, desta vez para o CARF. Contudo, o colegiado responsável pelo segundo julgamento do recurso voluntário entendeu que a diligência não fora cumprida satisfatoriamente, determinando a juntada do inteiro teor do processo judicial em mais uma diligência. Esse é o teor da Resolução nº 3201-00.061, de 18/06/2009.

Em atenção à intimação da resolução supracitada, e após ter pedido dilação de prazo para atendê-la, a Recorrente apresentou cópia de algumas partes do processo judicial apenas. O objeto do mandado de segurança impetrado pela Recorrente pode se inferir do pedido abaixo transcrito, *in verbis*:

*Ante o exposto e os precedentes transcritos, requerem as Impetrantes, com espeque no art. 169, do Código Tributário Nacional, que seja autorizado ao Sr. Delegado da Receita Federal em Feira de Santana a promover a **devolução dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL, na forma do disposto no Decreto nº2.138/98, ou autorizar a compensação dos seus créditos com débitos de sua responsabilidade com espeque no mesmo Decreto, pedidos em restituição através dos processos supramencionados.** (Grifou-se)*

Esse objeto também fica muito claro na sentença, que extinguiu o feito sem julgamento de mérito, tendo em vista que a Recorrente não comprovou o recolhimento do Finsocial e o mandado de segurança não admite dilação probatória. Confira-se:

*A aferição da certeza do crédito só pode ser feita a partir da prova do recolhimento reputado indevido. O documento juntado pelos Impetrantes comprova tão-somente o indeferimento da restituição no âmbito administrativo, o que é totalmente despicando **em se tratando de mandamus tendente a assegurar compensabilidade tributária**, onde o conteúdo da sentença tem cunho simplesmente declaratório a partir de construção pretoriana desenvolvida pelo STJ pela sua admissibilidade. (Grifou-se)*

O processo foi digitalizado e posteriormente distribuído para este Conselheiro na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Mariz Gudiño

O cerne da divergência existente nos presentes autos consiste em saber se há **concomitância, ou não.**

Considerando que o objeto do pedido administrativo ora analisado é a restituição de Finsocial e o objeto do Mandado de Segurança nº 2000.33.00.021683-9 é a restituição/compensação de Finsocial com outros débitos tributários, não resta dúvida de que há uma identidade de objetos, o que, a princípio, configuraria a concomitância impeditiva do conhecimento do recurso voluntário. É o que se depreende da súmula abaixo transcrita:

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. (Grifou-se)

A razão de ser da referida súmula é a unicidade de jurisdição com prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas. Logo, se o interessado ajuíza uma ação com o mesmo objeto de uma demanda administrativa também intentada por ele, é razoável que a análise extrajudicial fique prejudicada.

Tendo em mente a essência da concomitância processual, originária do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, questão mais complexa que se põe à discussão é vivida no caso concreto, ou seja, quando o processo judicial é extinto sem julgamento de mérito durante o trâmite da demanda administrativa. Isso porque, se não há julgamento de mérito, não há coisa julgada, e, portanto, a princípio, não haveria chance da decisão judicial desse tipo se sobrepor ao julgamento de mérito da demanda administrativa.

Com efeito, se a propositura de ação judicial é condição objetiva para o reconhecimento da concomitância, abstraindo-se da essência desse instituto, o recurso voluntário em tela não poderia ser conhecido, ainda que a Recorrente alegue, em seu favor, a extinção precoce do processo judicial, sem julgamento de mérito.

Registre-se que essa questão parece ainda encontrar divergências no CARF, conforme se depreende das ementas abaixo transcritas:

CONCOMITÂNCIA. A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual é suficiente para caracterizar a renúncia as instâncias administrativas. A extinção do processo judicial sem julgamento do mérito não descaracteriza a renúncia às instâncias administrativas, decorrente, apenas, da propositura da ação judicial. Interpretação da Súmula CARF nº 1.

(Acórdão nº 1101-000.934, Rel. Cons. Benedicto Celso Benicio Junior, Sessão de 08/08/2013)

RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO JUDICIAL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA. APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE. Não há falar em renúncia ao contencioso administrativo, se, no caso dos autos, além de a ação judicial ter sido declarada extinta, sem o julgamento do mérito, antes mesmo de que o contribuinte apresentasse sua

impugnação ao auto de infração, sua reclamação posterior se deu em face da autuação que converteu a pena de perdimento em multa. Nula, portanto, a decisão de primeira instância que não conheceu a impugnação administrativa.

(Acórdão nº 3301-001.858, Rel. Cons. Bernardo Motta Moreira, Sessão de 22/05/2013)

.....
RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO JUDICIAL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA. APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE. Nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa, caso a ação judicial seja extinta sem julgamento de mérito, pelo que não obsta a análise do direito material na esfera do CARF.

(Acórdão nº 9303-001.542, Rel. Cons. Maria Teresa Martinez Lopez, Sessão de 05/07/2011)

Apesar da celeuma, é de se reconhecer o acerto da decisão proferida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, ou seja, não havendo julgamento de mérito no âmbito judicial, não há óbice de analisar o direito material na esfera administrativa.

Entretanto, esse acórdão não elimina o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, segundo o qual há renúncia à via administrativa quando da propositura da ação judicial. Tanto que a ementa diz claramente que, não havendo coisa julgada material, nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa.

Ressalte-se, por oportuno, que o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 1980, não impõe a renúncia ao direito quando a decisão judicial transita em julgado sem análise de mérito. Se fosse assim, não poderia a contribuinte reingressar na via administrativa.

Esclareça-se, por oportuno, que a Súmula CARF nº 1 não é aplicável ao caso concreto, eis que menciona expressamente o lançamento de ofício como origem da discussão extrajudicial, o que não ocorreu no presente processo administrativo – motivado por iniciativa da própria Recorrente em pedido de restituição de indébito tributário.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO recurso voluntário haja vista a desistência da via administrativa quando da propositura da ação judicial posterior.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Daniel Mariz Gudiño - Relator