



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

Processo Nº : 10660.000543/99-57
Recurso Nº : 128.000
Acórdão Nº : 301-31.577
Sessão de : 01 de dezembro de 2004
Recorrente : POSTO ANDRADENSE LTDA.
Recorrida : DRJ/JUIZ DE FORA/MG

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. São cabíveis embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito, debatida no âmbito da ação judicial.

Embargos acolhidos e providos para anular o acórdão embargado e não conhecer do recurso, por opção pela via judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos Embargos de Declaração, para anular o acórdão embargado e não tomar conhecimento do recurso em razão de opção pela via judicial, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Formalizado em: **09 DEZ 2005**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Roberta Maria Ribeiro Aragão, Carlos Henrique Klaser Filho, Atalina Rodrigues Alves, José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo e Lisa Marini Vieira Ferreira dos Santos (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Leandro Felipe Bueno.

Processo Nº : 10660.000543/99-57
Acórdão Nº : 301-31.577

RELATÓRIO

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

“A contribuinte acima identificada requereu às fls. 01, com juntada de documentos de fls. 02/108, a restituição de valores recolhidos a título de Contribuição para o Finsocial, referentes aos pagamentos das quantias excedentes à alíquota de 0,5% (meio por cento).

O Despacho Decisório SOTRI/DRF/PCS nº 051/2000 (fls. 110/112), exarado pela Delegacia da Receita Federal em Poços de Caldas/MG em 29/03/2000, indeferiu a solicitação da interessada, em síntese, com base no decurso do prazo decadencial previsto no art. 168 da Lei nº 5.172/1966 (CTN) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999.

A interessada manifestou sua inconformidade às fls. 114/119, argumentando, em resumo, que:

- tratando-se de tributo cujo lançamento é feito por homologação, o prazo de cinco anos para decadência do direito de repetir o indébito tributário começa a fluir a partir de sua homologação ou, se inerte o fisco, após o término do prazo de cinco anos a que se refere o § 4º do art. 150 do CTN. Para reforçar seu entendimento transcreveu, às fls. 37/39, trechos retirados de decisões do Superior Tribunal de Justiça;
- outro aspecto é que somente nasceria o direito de pleitear, junto a esfera administrativa, a restituição de tributo após a declaração de inconstitucionalidade da lei, pelo SRF, na via direta, ou após a suspensão da lei pelo Senado Federal, na via indireta. Nesse sentido, cita ensinamentos de juristas de renome, decisões na esfera judicial.”

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

Ementa: RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do

Processo Nº : 10660.000543/99-57
Acórdão Nº : 301-31.577

prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 126, inclusive repisando argumentos, tendo o Segundo Conselho de Contribuintes proferido julgamento, conforme Acórdão de fl. 131, da forma seguinte ementado:

“FINSOCIAL – TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL – RESTITUIÇÃO – ADMISSIBILIDADE – O termo inicial do prazo para se pleitear a restituição dos valores recolhidos a título de Contribuição para o FINSOCIAL é a data da publicação da Medida Provisória n. 1.110/95, que, em seu artigo 17, II, reconhece tal tributo como indevido. Nos termos da IN SRF n. 21/97, com as alterações proporcionadas pela IN SRF n. 73, de 15 de setembro de 1997, é autorizada a restituição de créditos de quantias pagas ou recolhidas indevidamente ou em valor maior que o devido, oriundos de tributos de competência da União, administrados pela Secretaria da Receita Federal. Recurso provido.”

À fl. 135, consta ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, não estando presentes nos autos nenhuma manifestação da mesma a título de embargos de declaração ou recurso especial.

À fl. 207, consta despacho da Delegacia da Receita Federal de origem, dando notícia da existência de Mandado de Segurança impetrado pela interessada, anexando documentação de fls. 183 a 201, expressando a autoridade preparadora que entende haver coincidência entre os objetos do processo judicial e o do administrativo. Por não constar tal informação nos autos antes do Acórdão mencionado, encaminha o processo a este Conselho, para que se verifique a necessidade de rever tal decisão do Colegiado.

É o relatório.

Processo N° : 10660.000543/99-57
Acórdão N° : 301-31.577

VOTO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

Preliminarmente, cabe ressaltar o Princípio da Informalidade, que norteia o Processo Administrativo Fiscal, para que possamos aceitar a petição de fl. 207, como embargos de declaração.

Partindo deste pressuposto, verifiquemos a pertinência de tal prerrogativa processual, nos termos do Regimento deste Conselho, que dispõe, em seu artigo 27:

“Art. 27. Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

§ 1º Os embargos serão interpostos, por Conselheiro da Câmara julgadora, pelo Procurador da Fazenda Nacional, pelo sujeito passivo, pela autoridade julgadora de primeira instância ou pela autoridade encarregada da execução do acórdão, mediante petição fundamentada, dirigida ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão.

(...)”

Esta Câmara, após intensos debates, entendeu que o Acórdão embargado incidiu em omissão ao não apreciar o efeito da ação judicial impetrada pelo contribuinte, em que pese esta omissão ter sido involuntária, visto que tal informação não constava dos autos quando do julgamento do recurso interposto. Acresça-se que, mesmo a Procuradoria da Fazenda Nacional, cientificada do teor do mesmo, não se manifestou.

Há, pois, neste sentido, que se acolher os embargos interpostos, em que pese a ressalva de que a Secretaria da Receita Federal, conforme documentos de fl. 183, já havia sido notificada da existência do Mandado de Segurança interposto desde a data de 17 de julho de 2000. Observe-se que o Acórdão embargado foi proferido em 21 de junho de 2001, quase um ano após a autoridade preparadora ter tomado conhecimento do fato, que somente foi comunicado a este Colegiado pelo despacho de fl. 207, datado de 26 de maio de 2003, ou seja, com atraso de quase três anos.

No entanto, nada disto impede que a autoridade julgadora - tendo sido mesmo tardiamente noticiada de tal fato relevante - e dispondo ainda de

Processo Nº : 10660.000543/99-57
Acórdão Nº : 301-31.577

instrumento processual adequado, em provocação da autoridade preparadora, tome providências no sentido de verificar a influência da ação judicial citada no julgamento anteriormente proferido.

Partindo deste pressuposto, verifico que, conforme alegado pela autoridade preparadora – à fl. 207 – realmente há coincidência entre os objetos da ação judicial impetrada pela contribuinte e do processo administrativo sobre o qual ora nos debruçamos.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário* (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperata, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança.”

E Alberto Xavier, no seu *“Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”*, Forense, 1997, ensina:

“Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao poder Judiciário. O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial.

Processo Nº : 10660.000543/99-57
Acórdão Nº : 301-31.577

Sobre este assunto, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT 03, de 14 de fevereiro de 1996:

“.....

.....

.....

a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

.....

.....

.....

c) no caso da letra “a”, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

.....

.....

.....

d) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

.....

.....

..... “

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB n. 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo sr. Coordenador Geral do Sistema de Tributário, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *in verbis*:

“.....

.....

.....

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e, nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retornar-se-ia ao

Processo Nº : 10660.000543/99-57
Acórdão Nº : 301-31.577

juízo administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – “O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2.º Vol., ed. 1977, no. 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 (“Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...”).

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

.....

.....

.....” (grifos do original)

Pelo exposto, voto no sentido de que sejam os embargos acolhidos e providos, para anular o acórdão embargado e não tomar conhecimento do recurso, em razão de opção pela via judicial.

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2004


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator