



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13805.005983/97-44
Recurso nº : 129.416
Acórdão nº : 302-37.071
Sessão de : 13 de setembro de 2005
Recorrente : SELECTCHEMIE IMP. EXP. E REPRESENTAÇÕES
LTDA.
Recorrida : DRJ-SÃO PAULO/SP

CONCOMITÂNCIA. PERFAZIMENTO SIMULTÂNEO DAS VIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. INVIABILIDADE MATERIAL.

Em nossa sistemática processual tributária é facultada ao contribuinte a escolha entre impugnar e formular requerimentos fiscais na via administrativa ou perante o Poder Judiciário, podendo tal opção ser originária ou superveniente (princípio optativo).

A postulação cumulativa, visando à discussão do mesmo objeto, nas instâncias administrativa e jurisdicional, não é amparada no direito brasileiro (princípio da não cumulação), dando-se sempre prevalência, em face do regime constitucional de jurisdição una, às decisões judiciais.

Tendo a empresa contribuinte optado por requerer ao Poder Judiciário a compensação de seus créditos oriundos de pagamentos a maior da contribuição para o Finsocial, renunciou à possibilidade de formular este mesmo requerimento na esfera administrativa.

No caso concreto, a propositura de pedido de restituição/compensação perante a repartição fazendária na pendência do processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquele.

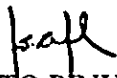
Inteligência do art. 1º, §2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979, do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980 e do ADN COSIT 03/1996.
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício

Processo nº : 13805.005983/97-44
Acórdão nº : 302-37.071



LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO
Relator Ad Hoc

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio Moraes Chieregatto, Luis Antonio Flora, Corinθο Oliveira Machado, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Davi Machado Evangelista (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carlho (Suplente). Ausente o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto pela empresa acima qualificada, em face do Acórdão DRJ/SPOI nº 04.070, proferido em 07 de outubro de 2003 (fls. 94/100), exarado pela 9ª. Turma da DRJ-São Paulo/SP, que, em síntese, indeferiu solicitação de restituição/compensação da Contribuição para o Finsocial, relacionada ao período de apuração compreendido entre setembro de 1989 e junho de 1991.

A razão jurídica aduzida pela contribuinte para a repetição do indébito foram os pagamentos a maior do tributo, indevidamente efetuados com base em regras veiculadoras da alteração das alíquotas em patamar superior a 0,5% (zero vírgula cinco por cento), cujos preceitos de majoração foram declarados posteriormente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O pedido administrativo de restituição (fl. 01) foi formulado em 02 de julho de 1997, ressaltando-se, ainda, que consta dos autos um pedido de compensação (fl. 03), de 1º de julho do mesmo ano, relacionado ao mesmo código da Receita Federal 6120.

Em 18 de fevereiro de 2000, sobreveio o Despacho Decisório nº 250/2000 (fl. 67) que houve por bem indeferir o pleito com fundamento no fato de que a empresa interessada formulou o requerimento restitutivo de forma extemporânea, em dissonância com o disposto nos artigos 165, I, e 168, I, ambos do Código Tributário Nacional (CTN).

A decisão monocrática, outrossim, embasou seu entendimento no Ato Declaratório SRF nº 96/1999 que, em seu item I, dispõe:

"I – o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

Regularmente intimada do despacho denegatório da repartição fiscal (Divisão de Tributação da DRF/SP), a parte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 69/72), suscitando as seguintes considerações:

- i. Salientou que o pedido então formulado na via administrativa tratava-se de pleito de compensação de Finsocial e não de restituição pura e simples do tributo, como, por equívoco, assim cuidou a causa pela autoridade apontada à fl. 67;
- ii. Que a solução do indeferimento, devido à intempestividade, não há de prosperar sob o ponto de vista legal, porquanto o prazo em andamento supostamente não estaria extinto, posto que interrompido em sua fluência pelo ajuizamento de uma demanda judicial, perante a 2ª. Vara Federal de Seção Judiciária (SJ) de São Paulo, em 09 de janeiro de 1995, data esta anterior ao pedido formulado na DRF/SP. Entendeu a contribuinte que a regra insculpida no art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil é aplicável ao caso vertente; e
- iii. Por mais, frisou que a decisão em testilha avulta-se ilegal, já que, a postura do Fisco estaria em desacordo com a regra do art. 66 da Lei nº 8.383/1991, requerendo, ao final, a reforma do despacho para que reste autorizada a pleiteada compensação do Finsocial.

Imperioso mencionar que a autoridade fazendária, ao denegar o **petitório inicial, não havia feito menção à existência do processo judiciário, vez que tal circunstância tão-somente foi ventilada pela contribuinte em sua peça de resistência (fl. 70).**

Após conclusão, foram os autos encaminhados (fl. 85) à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo/SP (DRJ/SP – I) que, em aresto proferido por sua 9ª. Turma (fls. 94/100), indeferiu a solicitação da parte, conforme os termos constantes da ementa do julgado:

“assunto: outros tributos ou contribuições período de apuração: 01/09/1989 a 30/06/1991 ementa: finsocial. concomitância. a propositura pelo contribuinte de medida judicial afasta a apreciação administrativa da mesma matéria. restituição – decadência – decisão judicial o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo supremo tribunal federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário. a decisão judicial da ação declaratória impetrada pelo contribuinte ainda não transitou em julgado. solicitação indeferida.”

No que tange ao ângulo processual da concomitância, a decisão *a quo* lastreou o seu entendimento no Ato Declaratório Normativo (ADN) da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação – COSIT nº 03, de 14 de fevereiro de

Processo nº : 13805.005983/97-44
Acórdão nº : 302-37.071

1996, que estatui acerca do tratamento a ser dispensado ao processo fiscal que esteja tramitando na fase administrativa quando o contribuinte opta pela via judicial.

Reza a alínea 'a' do citado ADN:

"a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;"

Há, inclusive, na alínea 'c' do mesmo ato normativo um comando no sentido de que a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição apresentada pelo contribuinte no caso de concomitância de vias.

Ademais, o acórdão recorrido sustentou a aplicabilidade, *in casu*, dos dispositivos legais previstos no art. 1º, §2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979 e no art. 38, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980) que disciplinam o tema da renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso porventura interposto no caso em que a parte opta pela discussão judicial de idêntica questão já submetida ou que venha a submeter à apreciação de órgão julgador fazendário (fl. 97).

Quanto à questão meritória específica do Finsocial, o aresto validou a decisão de fl. 67, considerando extinto o direito da empresa contribuinte de requerer a restituição/compensação dos valores a título da contribuição em comento, com espeque no prazo quinquenal do art. 168 do CTN, ressaíndo que a propositura de ação judicial não interrompe a contagem do prazo no âmbito administrativo (fl. 99 – item 9.1).

Inconformada, a parte interpôs recurso voluntário (fls. 111/113), repisando os argumentos já deduzidos em sua manifestação impugnativa, além de ventilar expressamente que inexistia identidade das matérias discutidas em juízo e em sede administrativa (fl. 112 – item 6).

Findo o processamento na primeira instância, foram os autos enviados a essa Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes para julgamento (fl. 117), com a designação da Conselheira Daniele Strohmeier Gomes como Relatora (fl. 118).

Após a sessão de julgamento, devido a mudanças na composição do órgão julgador, o Conselheiro Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado foi designado Relator Ad Hoc, nos termos do art. 38, II, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, com o mister de formalização do acórdão.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado, Relator *AD HOC*

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem a sua admissibilidade nessa instância de reexame.

Uma questão de ordem processual, todavia, merece maior reflexão para que não enseje dúvidas quanto ao conhecimento do presente apelo voluntário – a ocorrência do fenômeno da concomitância ventilada pela decisão recorrida.

De fato, existe concomitância quando no processo administrativo se discutir o mesmo objeto submetido à apreciação judicial, hipótese em que a autoridade administrativa julgadora não deve conhecer o mérito do litígio, até mesmo em virtude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Pelo exame dos autos, vislumbra-se que a Recorrente ajuizou ação ordinária, em 09 de janeiro de 1995 (fl. 86), no intento de ser autorizada a compensar os importes pagos a maior, a título de Finsocial, com fulcro nas decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade das normas legais que indevidamente majoraram a alíquota da contribuição.

Conquanto o feito judicial estivesse em seu regular trâmite, foi protocolado, em 02 de julho de 1997, requerimento de mesma natureza perante o órgão fazendário competente.

A primeira decisão proferida no processo administrativo, de natureza monocrática (fl. 67), não adentrou no aspecto da concomitância, **em razão da Recorrente não haver noticiado nos autos que o assunto já se encontrava *sub judice***, circunscrevendo-se o despacho da DRF, por conseguinte, apenas aos lindes da extemporaneidade do pleito formulado.

Ressalte-se que a existência do processo judicial tão-só foi exposta na manifestação de inconformidade (fls. 69/72).

Nesse sentido, a instância de origem, ao julgar o feito, deliberou pela manutenção da decisão singular, corroborando o entendimento de que a propositura de medida judicial, por qualquer de suas modalidades, afasta a apreciação administrativa da mesma matéria e, apesar de ter adentrado no cerne da questão do prazo, indeferindo a solicitação, percebe-se que a concomitância seria motivo mais do que suficiente para impedir o conhecimento da matéria.

Processo nº : 13805.005983/97-44
Acórdão nº : 302-37.071

Em seu recurso, a empresa defende a tese de que não há, na espécie, a indigitada concomitância (fls. 112/113), além de evidenciar erronia na apreciação da tempestividade, quando da análise da DRJ:

"2. – Entretanto, houve por bem a D. Autoridade Administrativa indeferir o pleito compensatório por entender já ter sido a matéria deduzida em juízo, pelo que estaria, pois, suprimida a competência administrativa para o exame da questão.

3. – Aduziu, ainda, ter transcorrido mais de cinco anos entre o fato gerador que, em tese, motivaria a compensação, e o pleito administrativo nesse sentido.

4. – Esses os motivos do julgamento de impugnação.

5. – Entretanto, não pode a Recorrente concordar com tais assertivas.

6. – Isso porque a tese estratificada na R. Sentença não abrange, por completo, o pleito formulado neste pedido administrativo. Ao contrário, a tese tem menor abrangência.

7. – No referido processo, a sentença foi de parcial procedência do pedido, mas autorizativa e declaratória da inexigência da cobrança de FINSOCIAL à alíquota superior a 0,5%.

8. – Sendo assim, somente será possível a restituição se se observar a via administrativa, pleiteando-se a restituição desse indébito.

9. – Não é demais lembrar que o direito a compensação está previsto na Lei nº 8.383/91, art. 66, e não pode esbarrar em formalismos, tais como os exigidos por essa Secretaria, quando do pleito, quais sejam, os de promoverem a autorização compensatória apenas quando o pleito é feito administrativamente.

10. – Lembre-se, finalmente, que a prescrição incidente sobre o pedido de compensação foi suspensa com a citação válida na ação."

Os argumentos trazidos à baila, contudo, não hão de prosperar, devendo o acórdão recorrido (fls. 94/100) ser mantido em sua integralidade.

Em primeiro plano, a afirmação da Recorrente de que o pedido outrora formulado fora de compensação, em vez de restituição, não irá alterar o enquadramento jurídico de sua situação perante o presente feito.

Processo nº : 13805.005983/97-44
Acórdão nº : 302-37.071

Outrossim, não há controvérsia de que houve a reprodução, na via administrativa (em 02/07/1997), de pedido anteriormente formulado perante o poder judiciário (09/01/1995).

A suscitada proposição de que a tese exposta na sentença, proferida pela 2ª. Vara Federal da SJ/SP, não abrange, por completo, o pedido administrativo não se revela aceitável. E isso porque os pleitos aviados nas duas vias (judicial e na repartição fazendária) são idênticos.

O fato da decisão judiciária de primeiro grau ter julgado apenas parcialmente procedente o pedido da contribuinte, para tão-só declarar a inexigibilidade do Finsocial à alíquota superior a 0,5% (meio por cento), não irá franquear à parte a possibilidade de trilhar a instância administrativa para se pleitear a restituição do indébito, uma vez que o pedido de compensação fora oportunamente formulado na petição inicial da ação ordinária.

Tanto é assim que, na apelação interposta (vide fls. 70 e 89), a contribuinte requereu a reforma da sentença, postulando, em sede recursal, a autorização para efetuar a almejada compensação.

Diante de tal ordem de fatos, resta inequívoca a utilização simultânea de vias processuais para a obtenção de um mesmo bem jurídico por parte da Recorrente.

Não se trata de óbice normativo ao uso concomitante de instâncias, haja vista que os contenciosos administrativos e os tribunais judiciais são independentes, mas, sim, do próprio interesse processual, porquanto a decisão que vier a ser proferida pelo Poder Judiciário é que irá prevalecer, diante da sistemática de jurisdição una adotada pela vigente Lei Fundamental.

Destarte, o que se pode extrair do regime jurídico inerente ao processo administrativo tributário em vigor é o **princípio optativo**, consoante o qual o contribuinte pode escolher entre impugnar ou formular requerimentos fiscais na via administrativa ou perante o poder judiciário, podendo tal opção ser originária ou superveniente.

No caso concreto, a escolha pela instância judicial foi originária, situação essa que, devido à identidade de objeto (compensação de Finsocial), conduz à inocuidade do processo administrativo subsequentemente instaurado – **princípio da não cumulação**.

Dito de outro modo, a concomitância da discussão no Poder Judiciário importa em renúncia à instância administrativa de julgamento.

Essa conclusão, longe de ser arbitrária, é inferida da análise de alguns dispositivos legais, como, por exemplo, o art. 1º, §2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979:

"§ 2º. A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Na mesma trilha preceitua o art. 38, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais:

"Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

José da Silva Pacheco¹ assim comenta a regra supracitada:

"403. Arquivamento do procedimento administrativo sobre as questões "sub judice". As instâncias administrativas e judiciais são independentes. Não haveria óbice a que se fizesse, paralelamente, o percurso de ambas. O certo, porém, é que a decisão final, na esfera judicial, haverá de prevalecer, o que está a indicar a possibilidade de se coartar o prosseguimento do procedimento administrativo quando, sobre o mesmo assunto, instaurar-se processo em juízo. O parágrafo único do art. 38 adota essa orientação. Ajuizada a ação, pelo contribuinte, estanca-se a via administrativa para a mesma matéria. A lei fala, impropriamente, em "renúncia" ao poder de recorrer e em "desistência" do recurso interposto, que são atos voluntários. O que deveria dizer e o que se há de entender é que a invocação do Judiciário traz como consequência o arquivamento ou a extinção do procedimento administrativo sobre as questões argüidas na ação proposta em juízo."

Alberto Xavier² ainda faz elucidativa lição acerca do tema:

"O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, o processo administrativo pode ser prévio ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultâneo, caso os objetos sejam idênticos."

O princípio da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura de processo judicial determina "ex lege" a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura do processo administrativo na pendência de processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquele processo, salvo ato de desistência expressa do processo judicial pelo particular."

[...]

Temos, pois, um princípio optativo, mitigado por um princípio de não cumulação."

¹ In Comentários à Lei de Execução Fiscal. 9ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2002. Páginas 281 e 282.

² In Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Páginas 31 e 32.

Processo nº : 13805.005983/97-44
Acórdão nº : 302-37.071

Em face dessas considerações, percebe-se que o presente recurso voluntário não merecia sequer conhecimento.

A demanda judicial proposta pela Recorrente implicou em renúncia à possibilidade de formular o mesmo pedido de restituição/compensação de Finsocial perante a esfera administrativa (vide ADN COSIT nº 03/1996), não se olvidando que o próprio Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes³, em seu art. 16, §2º, estatui:

“§ 2º. O pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção, sem ressalva, do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo Contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.” – (GRIFOU-SE)

Logo, a posição inicial deste Relator, com supedâneo nas normas alhures citadas, bem como nos próprios precedentes de julgamento da Segunda Câmara desse Terceiro Conselho, era pelo não conhecimento do recurso em apelo.

Sucede que, como a Recorrente enfatizou a inexistência da concomitância, já que o pedido administrativo seria, segundo o seu entendimento, mais amplo que o formulado em juízo, deliberarei pelo conhecimento do apelo sub oculi para equacionar a controvérsia nesse tocante.

De toda sorte, o argumento recursal não procede, sendo que a análise meritória da contenda aponta, efetivamente, para o perfazimento simultâneo das vias administrativa e judicial.

A colocação de que *“somente será possível a restituição se se observar a via administrativa, pleiteando-se a restituição desse indébito”* (fl. 112 – item 8) carece de amparo, visto que o pedido de compensação do Finsocial fora devidamente formulado na ação ordinária, em que pese ter sido autorizada apenas em sede de apelação.

Às fls. 89/91 consta o andamento do processo da Recorrente na Sexta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, restando fácil constatar, pela consulta ao inteiro teor dos julgados, que à empresa contribuinte foi deferido o direito de compensar os valores pagos a maior a título de Finsocial, com parcelas vincendas da Cofins, decisão mantida pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 465.298-SP⁴.

Não há de se falar, bem assim, em pertinência do requerimento de restituição administrativa, uma vez que a compensação do mesmo tributo já restou viabilizada na via judicial.

³ Aprovado pela Portaria nº 55/1998, editada pelo Ministro de Estado da Fazenda.

⁴ Consultas realizadas nos sítios do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região (www.trf3.gov.br) e do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br).

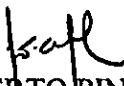
Processo nº : 13805.005983/97-44
Acórdão nº : 302-37.071

Despicienda, portanto, a continuidade do feito administrativo em atenção aos retro citados princípios optativo e da não cumulação.

Concernente à matéria do prazo, infere-se que o objeto não comporta mais discussão nesse colegiado fiscal diante do que foi decidido, com eficácia de coisa julgada material, pelo poder judiciário.

Ante as considerações acima expostas e levando em consideração tudo que consta dos autos, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo integralmente a decisão recorrida.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.


LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO
Relator *Ad Hoc*