



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

Processo nº 10120.728006/2011-01
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1402-002.057 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Recorrida 2ª TURMA ORDINÁRIA DA 4ª CÂMARA DA 1ª SEÇÃO DO CARF

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO PARA SANAR OMISSÃO PRESENTE.

Constatada a omissão, acolhem-se os embargos para fins sanar a decisão apresentada face ao recurso voluntário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento aos embargos de declaração para retificar o Acórdão 1402- 001.311 e determinar o encaminhamento do processo à Unidade de origem a fim de que seja juntado aos autos a cópia integral das peças processuais do mandado de segurança 13402-76.2011.4.01.3500 - Justiça Federal de Goiás; com encaminhamento posterior à DRJ a fim de que seja prolatada decisão complementar com pronunciamento quanto à existência de concomitância entre as esferas administrativa e judicial e retomada do rito processual a partir daí.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES e DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Processo nº 10120.728006/2011-01
Acórdão n.º **1402-002.057**

S1-C4T2
Fl. 5.444

CÓPIA

Relatório

Trata o presente de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos pela FAZENDA NACIONAL (fls. 5.408/5.417) contra o Acórdão 1402-001.311, proferido por esta 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, que deu provimento ao recurso voluntário da Contribuinte, GOIAS ESPORTE CLUBE.

Tais embargos mostram-se tempestivos e preenchem os demais requisitos para seu conhecimento.

Designado para pronunciar-me sobre a admissibilidade dos embargos, assim o fiz:

"...

Em resumo, alega a Fazenda Nacional que há pequena omissão e contradições no voto condutor do acórdão.

Quanto à omissão, assim se pronunciou a embargante:

Consta do relatório do r. acórdão embargado que o contribuinte, em resposta aos Termos de Intimação nº 0015 e 0016, informou que “b) *a liminar obtida impossibilita a fiscalização de proceder a lavratura do Auto de Infração, até que o juízo se manifeste sobre o enquadramento do contribuinte na isenção disposta no art. 15 da Lei nº 9.532/97;*”. Segundo informações da própria autuada, o seu enquadramento ou não na isenção prevista no art. 15 da Lei 9.532/97 estava sendo discutido em sede de Mandado de Segurança.

De fato, compulsando os autos, constatou-se que o autuado apresentou petição, em resposta ao Termo de Intimação nº 0010, onde comunica que deixava de apresentar a sua opção por quaisquer das formas de tributação, em vista do contido em liminar concedida nos autos do MS nº 13402-76.2011.4.01.3500/Classe 2100, em trâmite na Seção Judiciária do Estado de Goiás, que determinava a suspensão da exigência prevista no item 01 do referido termo de intimação. Nesta mesma oportunidade, o contribuinte traz ao bojo do processo cópia da decisão liminar concedida, em cujo relatório consta que um dos argumentos levantados pelo impetrante é o de que teria direito ao tratamento tributário diferenciado do art. 18, parágrafo único, da Lei 9.532/97, que determina que:

[...]

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (www.trf1.jus.br), observa-se que aquele MM Juízo proferiu sentença denegando a segurança pleiteada, tendo o impetrante interposto recurso de apelação em face da r. decisão.

Em que pese o resultado da demanda judicial, este e. colegiado não se manifestou sobre o referido Mandado de Segurança, muito menos sobre os eventuais efeitos da sentença no presente processo, considerando que um dos fundamentos do pedido do contribuinte naquela ação era, justamente, o seu enquadramento na isenção do já mencionado art. 15.

Nesta toada, o acórdão ora embargado incorreu em omissão ao não se manifestar sobre ponto essencial ao deslinde da controvérsia. Isso porque, a depender do teor da sentença proferida no referido Mandado de Segurança, aquele juízo poderia ter se pronunciado a respeito do enquadramento do contribuinte na isenção ora pleiteada.

Assim, necessário se torna que este e. colegiado se manifeste sobre o Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte, assim como sobre a sentença denegatória proferida naqueles autos.

De fato, compulsando os autos constata-se que a interessada apresenta, fls. 4.149/4.152, cópia de liminar concedida nos autos do MS nº 13402-76.2011.4.01.3500/Classe 2100, que determinava a suspensão da exigência prevista no item 01 do termo de intimação nº 0010 (fls. 4.137/4.141). Constata-se, também, que no bojo do relatório daquela decisão consta que um dos argumentos levantados pela impetrante é o de que teria direito ao tratamento tributário diferenciado de que trata o art. 18, parágrafo único, da Lei 9.532/97.

De outro lado, observa-se que no voto do acórdão embargado não há manifestação quanto ao aludido mandado segurança, caracterizando, em tese, a omissão aventada pela embargante.

Quanto às contradições aventadas, assim se pronuncia a embargante.

Conforme já mencionado alhures, este i. colegiado entendeu que o art. 27, no seu §13º, da Lei 9.615/98 (Lei Pelé), ao qual se apegou o autuante, limita seu sentido aos fins de fiscalização e controle do disposto na própria lei Pelé, e não em outras leis tributárias.

A Lei nº 9.615, de 1998, apelidada de Lei Pelé, é responsável por prever as estruturas jurídicas e indicar a natureza das atividades desenvolvidas no desporto profissional. Essa lei não trata de tributação dos clubes de futebol, não trata de direito previdenciário, nem de direito financeiro ou contábil. **A lei trata, eminentemente, de instituir normas gerais sobre desporto e dar outras providências.**

Além de considerar o desporto profissional como uma atividade de natureza econômica (art. 2º), a legislação sujeitou as entidades que exercem a atividade ao regime jurídico das sociedades empresárias, conforme o §13, do art. 27 do referido diploma legal.

Até 2011, o dispositivo legal em comento tinha a seguinte redação:

Art. 27. Omissis

[...]

§ 13. Para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei, as atividades profissionais das entidades de prática desportiva, das entidades de administração de desporto e das ligas desportivas, independentemente da forma jurídica como estas estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias, notadamente para efeitos tributários, fiscais, previdenciários, financeiros, contábeis e administrativos.
(Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)

Assim, tem-se que, para os fins de fiscalização e controle do disposto na mencionada Lei, as atividades profissionais das entidades de prática desportiva, independentemente da forma jurídica como estas estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias, notadamente para efeitos tributários, fiscais, previdenciários, financeiros, contábeis e administrativos.

As entidades em questão, independentemente da forma jurídica adotada, foram equiparadas às sociedades empresárias, notadamente para efeitos tributários, fiscais, previdenciários, financeiros, contábeis e administrativos. Em outras palavras, mesmo constituindo-se como associação civil sem fins lucrativos, a citada equiparação considerou as entidades como sociedades empresárias para todos os efeitos nela colacionados, inclusive tributários e fiscais.

O acórdão embargado, interpretando o dispositivo acima transcrito, apegou-se à sua primeira parte para definir que a equiparação da contribuinte autuada a sociedade empresária somente poderia ocorrer para os fins de fiscalização e controle do disposto na própria Lei Pelé.

Acontece que tal interpretação não se coaduna com a parte final do dispositivo legal acima. Isso porque, se a lei equipara as entidades de práticas desportivas profissionais a sociedades empresárias para fins tributários e fiscais, tal comando não pode se restringir somente ao disposto na própria Lei Pelé, uma vez que tal normativo não trata de direito tributário, como reconhece o próprio acórdão embargado.

Assim, se a Lei Pelé não trata de fiscalização e/ou tributação, qual teria sido a intenção do legislador em equiparar a autuada a sociedade empresária para fins tributários? Obviamente, que sua intenção era abranger também a legislação tributária aplicável à autuada. Não há como compatibilizar a interpretação do acórdão embargado, segundo o qual tal comando legal estaria voltado unicamente à Lei Pelé, quando o próprio legislador afirma que a equiparação a sociedade empresária se dá para efeitos tributários e a Lei Pelé não trata de tributação!

De fato, quanto a esse ponto (§13 do art. 27 da Lei Pelé), assim se pronunciou o acórdão embargado, fls. 5.398/5.399:

Com respeito a esse ponto, observo que o parágrafo equipara as atividades profissionais das entidades – independente da forma de sua constituição às atividades das sociedades empresárias. Contudo, há uma ressalva fundamental que não foi devidamente enfatizada pelo autuante. Trata-se da estipulação de que essa equiparação existe para os fins de fiscalização e controle do disposto naquela lei (lei Pelé) – e não em outras leis, mormente de cunho tributário.

...

Não consigo extrair consequências tributárias desse art. 27, principalmente porque, como antecipado, o aludido § 13º, ao qual se apegou o autuante, limita seu sentido aos fins de fiscalização e controle do disposto na própria lei Pelé, e não em leis tributárias. Por isso, em face da ressalva expressa, não me persuado de que a norma possa ser livremente utilizada para outros fins, que não a fiscalização e controle do disposto na própria lei, mormente para revogar isenção concedida por dispositivo legal de natureza tributária.

Com efeito, entendo, smj, que o acórdão embargado, ao menos em tese, não levou em conta em sua análise a parte final do dispositivo em comento. A se considerar tal análise, uma das possibilidades de conclusão é a levantada pela embargante: de que o acórdão embargado apresentaria contradição no sentido de que o legislador estipulou efeitos à equiparação das entidades de desporto profissional a sociedades empresárias, que vão além dos dispositivos legais da Lei Pelé.

Nesse sentido, entendo necessário que este colegiado elucide a referida contradição, manifestando-se acerca do fato de que o §13 do art. 27 da Lei Pelé estabelece efeitos relativos à equiparação como sociedade empresária que vão além daqueles previstos na própria Lei Pelé.

Por fim, aventa a embargante outra contradição: a conclusão a que chegou o acórdão embargado, no sentido de que a isenção do art. 15 da Lei 9.532/97 seria aplicável às entidades desportivas que desenvolvem atividade profissional, se mostraria contraditória com o fato de ter a Lei 11.345/2006 estendido, por cinco anos, os efeitos do benefício tributário previstos no próprio art. 15, bem como nos arts. 13 e 14 da MP nº 2.158-35/2001, às entidades desportivas profissionais.

Nesse sentido, assim se pronunciou a embargante.

[...]

O *télos* da norma da isenção prevista no art. 15 da Lei nº 9.532/97, a partir do qual foram criadas as isenções da MP nº 2158-35, de 2001 e Lei nº 11.345, de 2006, não está voltado para atividades econômicas, tanto que, para afastar a incidência da norma de isenção, foi criado um dispositivo que sujeitou as atividades de desporto profissionais como ao regime geral da tributação (§13, do art. 27).

Se é verdade que um dos cânones do nosso sistema é o princípio da igualdade, o qual se desdobra na seara tributária no princípio da capacidade contributiva, também é verídico afirmar que a leitura da norma isenção sofre também a inflexão de tais princípio, de maneira que há uma realidade econômica inegável nas atividades de desporto profissional que não permite que o confundamos com atividade associativa, reforçando a leitura de não incidência da norma de isenção aos clubes de futebol profissional.

Ainda que seja possível para uma entidade do desporto profissional adotar a forma de associação civil sem fins lucrativos, os princípios contidos no Art. 145, §1º (Capacidade contributiva) e Art. 150, II (Vedação de tratamento desigual), ambos da Constituição Federal, nos levam entender que o Art. 27, §13, da Lei nº 9.615/98, afastou a aplicação das normas de isenção contidas no Art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997, e nos artigos 13 e 14 da MP nº 2.158-35, de 2001, para as entidades de desporto profissional, inclusive os clubes de futebol.

Tanto é assim, que foi necessária uma lei em sentido estrito, qual seja, a Lei 11.345/2006 para assegurar, por cinco anos, os benefícios tributários referentes à isenção prevista no art. 15 da Lei 9.532/97 para as entidades desportivas que desempenham atividade profissional.

Considerando a nova previsão legal, que assegura a isenção do art. 15 às entidades de desporto profissional, nos parece bastante claro que, antes, tais entidades não podiam gozar da isenção do art. 15. Caso contrário, não haveria razão de ser de o legislador ter instituído/estendido uma isenção tributária, ainda que por um período determinado, se dos destinatários do comando legal não estivessem impossibilitados de obter tal benefício.

Somente se as entidades de desporto profissional não gozassem mais da isenção do art. 15, faria sentido dizer que tal isenção estaria estendida a essas entidades, por mais cinco anos, observando-se os requisitos elencados pelo legislador.

O acórdão ora embargado, além de não tratar especificamente dos efeitos da Lei 11.345/2006, esboçou conclusão que contradiz esta norma. Se as entidades de desporto profissional estão abarcadas pela isenção do art. 15 da Lei 9.532/97, conforme concluiu esta i. Turma, porque o legislador viria, em seguida, afirmar que estava assegurando, por mais cinco anos, a referida isenção a essas entidades?

Diante dessa contradição, necessário se torna que este i. colegiado esclare o *decisum*, manifestando-se sobre os efeitos da edição da Lei 11.345/2006, que passou a assegurar a isenção do art. 15 às entidades de desporto profissional, face ao entendimento adotado pelo acórdão ora embargado, no sentido de que estas mesmas entidades já poderiam gozar da mesma isenção, antes mesmo da edição da referida lei.

Como compatibilizar uma norma que institui uma isenção a um determinado grupo, com o fato desta isenção já poder ser exercida?

Em outros termos, é imprescindível que este colegiado elucide a contradição criada ao se abraçar a conclusão de que a isenção art. 15 poderia ser adotada por entidades de desporto profissional, com o fato de que uma outra lei, editada posteriormente, ter afirmado que, a partir daquele momento, tais entidades poderiam gozar da isenção do art. 15.

Como no caso anterior, entendo, smj, que o acórdão embargado, ao menos em tese, não levou em conta em sua análise a Lei 11.345/2006 em comento. A se considerar tal análise, uma das possibilidades de conclusão é a levantada pela embargante: de que o acórdão embargado apresentaria contradição no sentido de que a isenção do art. 15 da Lei 9.532/97 seria aplicável às entidades desportivas que desenvolvem atividade profissional, posição inconsistente, no entender da embargante, com o fato de ter a Lei 11.345/2006 estendido, por cinco anos, os efeitos do benefício tributário previstos no próprio art. 15, bem como nos arts. 13 e 14 da MP nº 2.158-35/2001, às entidades desportivas profissionais.

Desse modo, por entender que, em tese, houve omissão/contradição sobre pontos que a turma deveria ter se pronunciado, com base no art. 65, § 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, manifesto-me pela admissão dos embargos de declaração opostos e conseqüente retorno dos autos a este Colegiado para apreciação.

..."

O I. Presidente desta Turma aprovou o despacho, admitindo os embargos na forma apresentada acima, retornando os autos para relato e inclusão em pauta de julgamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

A questão diz respeito à omissão e contradições no voto condutor do acórdão conforme relatado.

Da omissão quanto à opção pela via judicial

Sustenta a embargante que a contribuinte, em resposta aos Termos de Intimação nº 0015 e 0016, teria informado que *“a liminar obtida impossibilita a fiscalização de proceder a lavratura do Auto de Infração, até que o juízo se manifeste sobre o enquadramento do contribuinte na isenção disposta no art. 15 da Lei nº 9.532/97,”*, item (b) daquele documento.

Assim, segundo informações da própria autuada, o seu enquadramento ou não na isenção prevista no art. 15 da Lei 9.532/97 estava sendo discutido em sede de Mandado de Segurança.

De fato, compulsando os autos, constata-se que a interessada apresenta, fls. 4.149/4.152, cópia de liminar concedida nos autos do MS nº 13402-76.2011.4.01.3500/Classe 2100, que determinava a suspensão da exigência prevista no item 01 do termo de intimação nº 0010 (fls. 4.137/4.141). Constata-se, também, que no bojo do relatório daquela decisão consta que um dos argumentos levantados pela impetrante é o de que teria direito ao tratamento tributário diferenciado de que trata o art. 18, parágrafo único, da Lei 9.532/97, sugerindo a concomitância de objetos constantes da ação judicial e do lançamento que ora se analisa.

A embargante, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (www.trf1.jus.br), observou que aquele MM Juízo proferiu sentença denegando a segurança pleiteada, tendo o impetrante interposto recurso de apelação em face da r. decisão.

A interessada, por sua vez, informa às fls. 5.425 que apresentara embargos dessa decisão, que resultaram acolhidos em parte para conceder parcialmente a segurança para *“afastar definitivamente a exigência prevista no Item 1º do Termo de Intimação Fiscal nº 10, convalidando-se os termos da liminar concedida às fls. 66/69. No mais, denego a segurança.”*

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (www.trf1.jus.br), constato a baixa definitiva do processo em 13/06/2014, por conta de desistência da parte impetrante, conforme despacho publicado no e-DJF1 em 05/05/2014, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL 0013402-76.2011.4.01.3500/GO

Processo na Origem: 134027620114013500

RELATOR (A): JUIZ FEDERAL ROBERTO CARVALHO VELOSO (CONV.)

APELANTE : GOIAS ESPORTE CLUBE

ADVOGADO: ELENILDES NOGUEIRA CONCEICAO

APELADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : CRISTINA LUISA HEDLER
REC. ADESIVO : FAZENDA NACIONAL
DECISÃO

Tendo em vista que ao impetrante é facultado desistir do mandado de segurança a qualquer tempo, independentemente da concordância da parte contrária (AMS 1999.01.00.081791-5/DF, AMS 1997.01.00.043199-1/MA, AMS 1998.01.00.092009-3/DF e AMS 90.01.03870-0/GO), HOMOLOGO o pedido de desistência formulado pelo impetrante às fls. 327/329, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, ficando prejudicado(s) o(s) recurso(s) eventualmente interposto(s).

Publique-se. Intime-se.

Após o trânsito em julgado desta decisão, baixem os autos à origem.

Brasília/DF, 14 de abril de 2014.

*Juiz Federal ROBERTO VELOSO
Relator Convocado*

Até 27/08/2014 vigia o ADN Cosit nº 03, de 14 de fevereiro de 1996 que assim orientava:

Tratamento a ser dispensado ao processo fiscal que esteja tramitando na fase administrativa quando o contribuinte opta pela via judicial.

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 147, item III, do regimento interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria do Ministro da Fazenda n.º 606, de 03 de setembro de 1992, e tendo em vista o Parecer COSIT n.º 27/96, DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que:

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;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc.);

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

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CTN;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento de mérito

(grifei).

art. 267 do CPC).

Depreende-se da citada norma que a propositura de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou após a autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas. Mais ainda, que é irrelevante que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento de mérito.

Quanto à extinção do processo, veja-se o art. 267 do CPC:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

...

VIII - quando o autor desistir da ação;

...

As peças dos autos, conforme acima mencionado, sugerem que, quando da propositura da ação, havia a concomitância de objeto, já que a ação judicial trazia, dentre os seus argumentos, questionamento acerca do direito ao tratamento tributário diferenciado de que trata o art. 18, parágrafo único, da Lei 9.532/97.

Ressalte-se que no entendimento da referida norma é suficiente, para caracterizar a concomitância, que haja coincidência de objetos por ocasião da propositura da ação judicial, não importando se em posterior análise da ação judicial a parte concomitante tenha sido denegada, como, de fato, ocorrera no caso em análise.

Assim, à luz do entendimento exarado no ADN Cosit nº 03 acima transcrito, havendo confirmada a concomitância de objeto na esfera administrativa e judicial, independente de posterior extinção do processo judicial, há que se declarar a definitividade da exigência aqui discutida, conforme orienta a alínea (c) do referido ADN.

Em 27/08/2014 sobreveio a publicação do Paracer Normativo COSIT nº 07 que revogou o ADN Cosit nº 03/96. Em seus termos, manteve-se o entendimento adotado acima. Veja-se a ementa do parecer em referência.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ementa: 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.

Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012. e-processo nº 10166.721006/2013-16

(Grifei)

Transcrevo abaixo parte dos fundamentos do referido parecer, que adoto como razão de decidir neste voto, conforme autoriza o disposto no art. 50 Lei nº 9.784 de 1999, que se aplica subsidiariamente ao PAF.

"...

5. As conclusões do ADN supratranscrito (ADN Cosit nº 03/96) assentaram-se, basicamente, nas prescrições do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, do Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, e da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que assim disciplinam:

Decreto nº 70.235, de 1972

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24.03.2004

Autenticado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 28/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso, exceto quanto aos atos executórios. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) (grifou-se)

Decreto-lei nº 1.737, de 1979

Art. 1º Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

(...)

II - em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional;

III - em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito;

(...)

§ 1º O depósito a que se refere o inciso III, do artigo 1º, suspende a exigibilidade do crédito da Fazenda Nacional e elide a respectiva inscrição de Dívida Ativa.

§ 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. (grifou-se)

Lei nº 6.830, de 1980

Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

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. (grifou-se)

5.1 Quanto ao art. 62 do Decreto nº 70.235, de 1972, reporte-se que o art. 10 da Medida Provisória (MP) nº 232, de 30 de dezembro de 2004, que intentava conferir nova redação àquele dispositivo, foi revogado pela MP nº 243, de 31 de março de 2005.

5.2 Além disso, o caput do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, traz uma enumeração exemplificativa das ações judiciais e a exigência de depósito preparatório que há muito foi afastada pelo STF.

5.3 Depreende-se que a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública (o que inclui mandado de segurança, ação de repetição de indébito, ação declaratória ou ação anulatória), em qualquer momento, com o mesmo objeto que está sendo discutido na esfera administrativa, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto. Aponta-se, como ressalva, a adoção da via judicial com o mero fim de correção de procedimentos adjetivos ou processuais da Administração Tributária, tais como questões sobre rito, prazo e competência.

5.4 Neste ponto, vale trazer à baila a Súmula STF nº 429: "*A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade*".

6. No mesmo sentido reza a Súmula nº 1 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovada e divulgada pela Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010 (publicada no DOU de 23 de dezembro de 2010, Seção I, fls. 87 a 90 e retificada no DOU de 12 de janeiro de 2011, Seção I, fl. 44):

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)

...

Da extinção do processo judicial sem resolução de mérito

19. Cabe a análise do aspecto concernente à opção do contribuinte pela discussão da matéria controvertida no âmbito judicial, em que se decidiu pela extinção do processo sem resolução do mérito, por uma das hipóteses listadas de forma não taxativa no art. 267 do CPC, o que poderia provocar dúvidas quanto à possibilidade de se retomar o julgamento administrativo da lide quanto ao objeto colidente.

19.1. Entende-se que a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação, mesmo porque, embora se trate de uma forma anormal de extinção do processo (a normal seria com resolução de mérito), é uma das duas formas possíveis, colocadas lado a lado nos arts. 267 e 269 do CPC. Ainda, o art. 268 do CPC faculta ao autor intentar de novo a ação judicial quando foi extinto o processo sem resolução de mérito, salvo as hipóteses ali trazidas. Nessa linha:

O direito atual dá mostras patentes e até desnecessárias de não aceitar esse sistema de extinção do direito. Já no plano infraconstitucional, a permissão de repropor em juízo a mesma pretensão depois de extinto o processo sem julgamento do mérito (CPC, arts. 28 e 268) tem por óbvia premissa a subsistência do direito apesar da experiência processual frustrada. Nem poderia ser de outro modo, porque dar por extinto o direito nessa situação, ou mesmo fechar as portas do Poder Judiciário para sua defesa, seriam efeitos abertamente transgressivos às garantias constitucionais de acesso à justiça e do devido processo legal (supra, nn. 94-95). Essa transgressão ocorreria tanto pela extinção do próprio direito pleiteado, como também, a fortiori, dos direitos concorrentes não pleiteados. No direito moderno a propositura da demanda não tem esse efeito extintivo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55-57)

19.2. As hipóteses que ensejam a extinção do processo sem resolução de mérito, previstas no art. 267 do CPC, configuram, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito (à semelhança do que prevê o art. 28 do Decreto nº 70.235, de 1972, abaixo reproduzido), o que pode dar azo a novo pleito na via judicial sobre a questão versada nos autos.

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

19.3. Tendo propiciado a extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, deve o contribuinte arcar com o ônus da irreversibilidade da renúncia à via administrativa, materializada pela escolha da seara judicial.

...

Conclusão

21. Por todo o exposto, conclui-se que:

a) a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública, em qualquer momento, com o mesmo objeto (mesma causa de pedir e mesmo pedido) ou objeto maior, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto, exceto quando a adoção da via judicial tenha por escopo a correção de procedimentos adjetivos ou processuais da Administração Tributária, tais como questões sobre rito, prazo e competência;

...

e) a renúncia às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal aos seus procedimentos, a despeito do ingresso do sujeito passivo em juízo; proferirá, assim, decisão normal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, e deixará de apreciar suas razões e de conhecer de eventual petição por ele apresentada, encaminhando o processo para a inscrição em DAU do débito, quando existente, salvo a ocorrência de hipótese que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos incisos II, IV e V do art. 151 do CTN;

...

g) a competência para declarar a concomitância de instâncias e seus efeitos é da autoridade competente para decidir sobre a matéria na fase processual em que se encontra o processo administrativo, qualquer que seja o rito a que esteja submetido;

...

i) é irrelevante, na espécie, 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 definitiva, insuscetível de retratação;

j) a definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação;

..."

Por todo o exposto, considero de importância capital para o deslinde da discussão neste processo a delimitação precisa do objeto da ação judicial em referência. Isso porque, conforme analisado acima, caso confirmada a concomitância de objeto na esfera administrativa e judicial, independente de posterior extinção do processo judicial, há que se declarar a definitividade da exigência aqui discutida.

Mais ainda. Tendo em vista que a matéria em debate, quanto à concomitância de objeto, não foi discutida em primeira instância, para evitar supressão de instância e cerceamento do direito de defesa, entendo necessária sua análise pela instância de piso, a Delegacia de julgamento - DRJ em Brasília/DF.

Nesse sentido Voto por dar provimento aos embargos de declaração para retificar o Acórdão 1402- 001.311 e determinar o encaminhamento do processo à Unidade de origem a fim de que seja juntado aos autos a cópia integral das peças processuais do mandado de segurança 13402-76.2011.4.01.3500 - Justiça Federal de Goiás; com encaminhamento posterior à DRJ Brasília/DF a fim de que seja prolatada decisão complementar com pronunciamento quanto à existência de concomitância entre as esferas administrativa e judicial e retomado do rito processual a partir daí.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Processo nº 10120.728006/2011-01
Acórdão n.º **1402-002.057**

S1-C4T2
Fl. 5.458

CÓPIA