



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

Processo nº 12448.733193/2011-70
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.211 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2016
Matéria Imposto sobre a Renda da Pessoa Física
Recorrente CECILIA ALMEIDA E SILVA GOUVEA VIEIRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 30/04/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONCOMITÂNCIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA CARF nº 1.

A expressão “mesmo objeto” constante do texto sumulado diz respeito àquilo sobre o qual recairá o mérito da decisão, quando sejam idênticas as demandas. Portanto, tem-se como critérios de aplicação da impossibilidade do prosseguimento do curso normal do processo administrativo, em vista da concomitância com processo judicial, tanto o pedido como a causa de pedir, e não somente o pedido.

DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CAUSA DE EXTINÇÃO.

O efetivo depósito do montante integral do crédito tributário, quando realizado no prazo legalmente previsto para o pagamento do tributo devido, extingue o crédito tributário e inibe o poder/dever de lançamento da Administração Tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

EDUARDO TADEU FARAH - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira- Relator.

EDITADO EM: 04/07/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo Tadeu Farah (Presidente), Carlos Henrique de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Marcio de Lacerda Martins (Suplente convocado), Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada), Carlos Alberto Mees Stringari, Carlos Cesar Quadros Pierre, Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra acórdão da 20ª Turma da DRJ RJ1 que manteve, parcialmente, lançamento tributário relativo ao IRPF supostamente devido no exercício de 2008, em razão de ganho de capital decorrente da venda de ações.

Tal crédito foi constituído por meio do auto de infração (fls. 157 do processo digitalizado), devidamente explicitado no Termo de Verificação Fiscal (folhas 154), pelo qual foi apurado o crédito tributário de R\$ 4.945.480,27 - que compreende imposto (R\$ 3.405.040,12), e juros de mora (R\$ 1.540.440,15) - em decorrência da apuração de ganho de capital decorrente de alienação de ações/quotas não negociadas em Bolsa, ocorrido em abril de 2007.

Assim, o Auditor Fiscal explicou o lançamento (item 5 do TVF, fls. 155):

"Com base nos elementos apurados acima apurados, o auto de infração lavrado para constituição do crédito tributário, com suspensão de exigibilidade em conformidade com o artigo 151, II, da Lei nº 5.172 (CTN), totaliza os seguintes valores expressos em reais:

(...)" (negritamos)

Cumprе ressaltar que tal lançamento foi realizado com vista a prevenir decadência do crédito tributário, em razão da propositura, pelo sujeito passivo, de Mandado de Segurança MS nº 2007.51.01.010512-1, buscando a aplicação da isenção prevista no Decreto-Lei nº 1.510/76, com pedido de depósito judicial do montante integral do tributo discutido. Importa realçar que tal depósito, no valor de R\$ 3.405.040,12, foi realizado em 30/05/07, em DARF código 7416, constante do sistema SINAL07.

A ciência do auto de infração, que contém o lançamento referente ao IRPF dos anos calendário 2007, ocorreu em 17 de outubro de 2011, na pessoa do procurador da contribuinte.

Em 16 de novembro de 2011 (fls 258), foi apresentado impugnação ao lançamento. A decisão da 20ª Turma da DRJ RJ/1 restou assim ementada (fls 258):

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/04/2007

LANÇAMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPENSÃO. DEPÓSITO JUDICIAL. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

Não incidem juros moratórios sobre o crédito tributário que esteja com sua exigibilidade suspensa em razão do depósito judicial do seu montante integral.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/04/2007

NULIDADE. INOCORRÊNCIA

O atendimento aos preceitos estabelecidos na legislação tributária e de processo administrativo, especialmente a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte, afastam a hipótese de ocorrência de nulidade do lançamento.

AÇÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO

Em face do princípio constitucional da unidade de jurisdição, a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte importa renúncia às instâncias administrativas quanto à mesma matéria.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte"

A contribuinte foi cientificada, via postal, da decisão que parcialmente contrariou seus interesses em 14 de junho de 2013. Em 11 de julho seguinte, tempestivamente, interpôs recurso voluntário (fls. 389), alegando basicamente a inexistência da concomitância apontada, nulidade da decisão da primeira instância por não apreciação dos argumentos constantes da impugnação e, no mérito, aplicação ao caso concreto da isenção prevista no Decreto-lei nº 1.510/76

Em resumo o recurso voluntário contém as seguintes alegações (fls 390):

- a exigência tributária se encontra suspensa por força do depósito judicial realizado no autos do MS identificado pela autoridade fiscal;
- nulidade da decisão da DRJ por falta de apreciação dos fundamentos de mérito da impugnação;
- inexistência de concomitância de instâncias, em face da diversidade de objeto entre a ação judicial e procedimento administrativo instaurado pela impugnação;
- no mérito, aplicação, ao caso concreto, dos preceitos do Decreto-lei 1.510/76;

O recurso foi distribuído por sorteio eletrônico para este Conselheiro.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Relator Carlos Henrique de Oliveira

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade. Passo a apreciá-lo.

Como relatado, a controvérsia constante do recurso voluntário se instaura em torno da existência de concomitância entre a instância judicial - decorrente da propositura de mandado de segurança pela contribuinte - e a administrativa, em face do lançamento tributário decorrente do não pagamento do imposto de renda devido pelo ganho de capital obtido com a alienação de quotas/ações não negociadas em Bolsa.

Sobre o tema, assim decidiu a primeira instância administrativa (fls. 370):

"Aliás, de acordo com o termo de constatação, o lançamento se deu no exato valor do principal depositado judicialmente, acrescido de juros moratórios.

Assim, por já ter sido submetida ao Poder Judiciário, tal matéria não pode ser apreciada administrativamente por este Órgão Julgador, em respeito ao princípio da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. Em razão desse princípio constitucional, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa.

De fato, a apreciação da impugnação fica prejudicada no que diz respeito à questão discutida judicialmente, em face do disposto no § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.737/1979, combinado com o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980 e disciplinado, no âmbito administrativo, pelo Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 3 de 14/02/1996 e Portaria MF nº 58 de 17/03/2006, art. 26. Nos termos da legislação citada, a propositura – por qualquer que seja a modalidade processual – de ação judicial contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa, por parte do interessado, a renúncia tácita às instâncias administrativas e desistência de eventual recurso interposto, operando-se, por conseguinte, o efeito de constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa.

Diante do exposto, não é de se conhecer da impugnação em relação à matéria levada à apreciação judicial por meio do mandado de segurança nº 2007.51.01.0105121."

Não se pode concordar com a decisão de piso. Vejamos.

Antes de mais nada, em razão de poder vinculante, devemos analisar a dicção da Súmula CARF nº 1. Vejamos seus termos:

"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." (destaques nossos)

Claríssima a disposição que consolidou entendimento praticamente unânime deste Colegiado: há tácita renúncia ao processo administrativo a propositura, antes ou depois do lançamento, de medida judicial com o **mesmo objeto do processo administrativo**. Assim, mister entendermos o que é o objeto do processo administrativo e cotejá-lo com o objeto do processo judicial que se analisa.

Segundo o dicionário Michaelis 'online', publicado no sitio uolBusca (<http://dic.busca.uol.com.br/result.html?q=objeto&group=0&t=10>), o verbete objeto, em sua acepção jurídica:

"objeto" •sm(lat objectu)

Tudo que se oferece aos nossos sentidos ou à nossa alma.

Coisa material: Havia na estante vários objetos.

(...)

Motivo, causa.

Tudo que constitui a matéria de ciências ou artes.

Assunto, matéria.

Intenção, desígnio, mira.

Fim a que se mira ou que se tem em vista.

Filos.: *Aquilo que é pensado, por oposição ao próprio ato de pensar.*

Dir.: *Tudo aquilo sobre que recai um direito, ou uma ação, ou obrigação.* (sublinhamos)

Também no mesmo sentido, um tanto amplo para os fins do nosso estudo, caminha o dicionário jurídico. Para objeto do processo, encontramos a seguinte significação (*Diccionario Básico Jurídico*, 7ª ed. Comares Editorial):

"Conjunto de fatos que integrando o processo, o levam a conseguir as diversas finalidades que o mesmo persegue (...)"

Das significações apresentadas, podemos inferir que o objeto da demanda processual é aquilo que com ela se pretende obter, o que se quer alcançar.

Porém, somente tal entendimento é suficiente para se verificar a concomitância, como entende a decisão de primeira instância? Não nos parece a melhor doutrina.

O Professor Moacyr Amaral Santos, no clássico *Primeira Linhas de Direito Processual Civil* (1º Vol., Ed. Saraiva, 20ª ed., p. 163), leciona que objeto da ação:

"é o pedido do autor (Cod Proc. Civil, art 282, IV), ou seja, o que ele solicita que lhe seja assegurado pelo órgão jurisdicional.

(...) Assim, o objeto, isto é, o pedido (res, petitum) é imediato ou mediato.

O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva.

O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido"

Continuando sua lição, o emérito Professor das Arcadas, ensina que **o pedido** deve estar sempre apoiado, **deve sempre corresponder a uma causa de pedir**, pois *"quem invoca uma providência jurisdicional quanto a um bem pretendido, cumpre dizer no que se funda seu pedido"* (ob. cit., pag. 164).

Recorda o Mestre que o *Códex* Processual exige que o autor exponha na inicial não só o seu pedido, mas também os fundamentos jurídicos deste. Com tal exigência, a lei processual requer a exposição não só a causa próxima de pedir - os fundamentos jurídicos - como também a causa remota - o fato gerador do direito.

No caminhar de sua lição, com a didática exemplar que sempre o caracterizou, o Professor Moacyr Amaral, explica que a identificação de ações (o cerne de nosso problema) exige que se examine detalhadamente a identidade, a individualidade de uma demanda.

Para tanto, leciona o saudoso Professor:

*"(...) duas ações são idênticas quando em ambas seus elementos são os mesmos. Assim, **duas ações são idênticas quando entre elas há: a) identidade de partes** (eadem personae); **b) identidade de objeto** (eadem res); **c) identidade de causa de pedir** (eadem causa petendi)."*

Exsurge a distinção.

Tem-se identidade entre ações quando as mesmas, intrinsecamente, coincidem, ou seja, são iguais. Para tanto, necessariamente convergem para a mesma solução a partir de divergências sobre o mesmo bem da vida mas - forçosamente - com essa divergência decorrente do mesmo motivo, da mesma causa.

Tal exigência decorre não só de um imperativo processual, mas também de um imperativo lógico. Não basta a demanda reunir mesmas partes, sobre o mesmo bem em discussão: **o motivo da disputa deve ser o mesmo**.

Por exemplo se pode entender melhor. Dois senhores podem discutir sobre um imóvel, mais acuradamente sobre a posse e propriedade de um imóvel. Imaginemos que se trate de um imóvel comercial, onde o proprietário, por contrato de locação, passou a posse do imóvel a um comerciante.

Tempos depois, o comerciante propôs a compra do imóvel. Firmam um contrato de compra e venda, com pagamento parcelado. Ajustam que durante o pagamento parcelado da compra, o locatário, agora promitente comprador, continuaria a pagar o aluguel.

Iniciados os pagamentos, o comprador, agora em dificuldades financeiras, atrasa algumas parcelas. O vendedor, opta pela resolução contratual unilateral e vende, à vista, o imóvel a outrem, porém ajustando com o novo comprador, que entregará o imóvel desocupado. Ingressa com medida judicial, ação de despejo, visando a retomada do imóvel. Nesse caso o objeto é a posse do imóvel.

O locatário, aqui ainda promitente comprador, inconformado com o desfazimento do contrato de promessa de compra e venda, ingressa com ação judicial buscando

fazer valer seu direito decorrente do contrato de compra e venda firmado e portanto anular a segunda venda. Objeto da ação: a propriedade do imóvel.

Partes envolvidas: as mesmas. Resultado, objeto, de uma e de outra: o imóvel. Importante recordar que se o direito de promitente comprador for reconhecido, por óbvio que a segunda decisão terá seu resultado impactando na primeira, na ação de despejo. Mesmo assim, há coincidência de ações? Por óbvio que não.

A distinção é flagrante quanto à causa de pedir. Em uma e em outra ação, embora o objeto seja o mesmo, o fundamento jurídico do pedido é distinto.

Esses requisitos para que se reconheça a identidade de ações e portanto, a concomitância também é reconhecido por Julio Fabbrini Mirabete (Processo Penal, Ed. Atlas, 10ª ed., p. 217), processualista de renome que explicita, ao examinar a litispendência:

*"Os elementos que identificam a demanda, impedindo outra por litispendência são: a) o pedido (petitum), o que o autor pede; b) as partes (personae), são as partes em litígio; a causa de pedir (causa petendi), a razão de fato pela qual o autor pede a condenação, no processo penal o fato criminoso. **Numa expressão bem simples, se o mesmo autor, com o mesmo fundamento de fato, faz o mesmo pedido, contra o mesmo réu, a demanda é a mesma que a anterior**" (destacamos)*

Não é outra a lição de Cândido Rangel Dinamarco, outro ícone da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que em sua importantíssima obra, Instituições de Direito Processual Civil (Vol III, 2ª ed. Ed. Malheiros p. 136), assevera:

*"Didaticamente e seguindo uma linha tradicional no processo civil brasileiro, o Código de Processo Civil afirma que **uma ação é precisa reprodução de outra quando em ambas coincidem os três elementos constitutivos, tendo elas as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (...)**" (destacamos)*

Outro simples raciocínio demonstra a importância da causa de pedir como traço elementar, e portanto distintivo, de uma ação. Pensemos agora em hipótese de lide tributária clássica, ou seja, insurgência contra a tributação.

Decerto que nessas ações tributárias, dois elementos serão sempre coincidentes: i) as partes, pois sempre se analisará a demanda de determinado contribuinte contra a Administração Tributária; ii) o pedido, o próprio objeto, pois sempre o contribuinte buscará se esquivar da exação como pretendida pelo Fisco.

Ora, nesses casos, ao prevalecer a questão que há concomitância quando o contribuinte pode alcançar na via judicial o mesmo resultado que teria na esfera administrativa, qualquer tipo de lide judicial afastaria qualquer demanda na fase administrativa, uma vez que - pelo nosso pressuposto - ao conseguir judicialmente o afastamento da pretensão fiscal como pretendida pela Administração Tributária, a esfera administrativa nunca teria função.

Imaginemos que o contribuinte tenha ingressado com uma ação de inexistência de relação tributária acerca de determinado tributo. Tempos depois, ao perceber

que aquele contribuinte não estava recolhendo os valores devidos sobre aquele determinado tributo, o Fisco inicia procedimento fiscalizatório.

Ao ser cientificado da existência da demanda judicial, a autoridade fiscal, visando cumprir a determinação legal, opta por lançar o tributo em litígio somente para prevenir a decadência. Na impugnação, o contribuinte se insurge sobre o lançamento tributário em razão da existência, em sua opinião, de nulidade no procedimento do lançamento.

A prevalecer a posição aqui atacada, por ser certo que o resultado da lide judicial pode ser a declaração da existência da relação tributária entre o Fisco e o contribuinte, a processo administrativo tributário não poderia ser conhecido pois se observaria a concomitância, com consequente renúncia. Resultado: a Administração Tributária deixou de examinar, de controlar, a legalidade de determinado ato por ela produzido, expondo assim ao mundo um ato eivado de ilegalidade, nulo portanto, realizado por quem está adstrito ao princípio da legalidade, que determina que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Por óbvio que não pode ser esse o conceito de concomitância.

Ao aplicarmos aos exemplos acima a clássica doutrina processualista, que exige para que se tenha identidade de ações a presença dos três elementos essenciais da ação (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido), não se verificaria a concomitância havendo, portanto, o exame dos processos por serem distintos.

Outro não é o entendimento da própria Administração Tributária. Vejamos o trecho do conteúdo do Parecer Normativo Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014, que versa exatamente sobre o tema aqui analisado:

"Da identidade de objetos dos processos administrativo e judicial"

9. Poder-se-ia questionar quanto à definição da expressão "mesmo objeto" a que se reportam o ADN Cosit nº3, de 1996, a Súmula nº1 do CARF e a Portaria MF nº341, de 2011. Aqui, faz-se mister diferenciar o objeto da relação jurídica substancial ou primária do objeto da relação jurídica processual. Aquele consiste no bem da vida sobre o qual recaem os interesses em conflito, in casu, o patrimônio do contribuinte; este, por sua vez, diz respeito ao serviço que o Estado tem o dever de prestar, e nos procedimentos de que este se utiliza para tanto, resultando no proferimento de decisões administrativas ou judiciais em cada processo, guardando relação de instrumentalidade com a real demanda do autor (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 179).

9.1. Assim, só produz o efeito de impedir o curso normal do processo administrativo a existência de processo judicial para o julgamento de demanda idêntica, assim caracterizada aquela em que se verificam as mesmas partes, a mesma causa de pedir (fundamentos de fato – ou causa de pedir remota - e de direito – ou causa de pedir próxima) e o mesmo pedido (postulação incidente sobre o bem da vida) - a chamada teoria dos três

eadem, conforme definida no art. 301, § 2º da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), o qual ora se aplica por analogia.

9.2. Leva-se em consideração o objeto da relação jurídica substancial; se a discussão judicial se refere a questões instrumentais do processo administrativo, contra as quais se insurge o sujeito passivo da obrigação tributária, não há que se falar em desistência da instância administrativa nem em definitividade da decisão recorrida, quando nesta se discute alguma questão de direito material. Se, no entanto, a discussão administrativa gira em torno de alguma questão processual, como a tempestividade da impugnação, por exemplo, questão esta também levada à apreciação judicial, configura-se a renúncia à esfera administrativa quanto a este ponto específico.

9.3. **Seguindo esse raciocínio, encontra-se entendimento na doutrina e na jurisprudência de que só se caracteriza a identidade de ações quando se verificam as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir:**

19. Identidade de ações: caracterização. As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos pólos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota [...], deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas. (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 595)

Litispêndência. Identidade de pedidos. A identidade de pedidos não caracteriza a litispêndência. Somente se verifica a litispêndência com a identidade de ações: as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. (TRF-5ª, 1ª T., Ap 17299-RN, rel. Juiz Ridalvo Costa, v.u., j. 10.12.1992, JSTJ 47/583)

9.4. **Vale reproduzir o seguinte excerto do Parecer PGFN/Cocat nº2/2013:**

49. Dito disso, conferimos ao instituto da concomitância no PAF o mesmo tratamento da litispêndência no processo civil, pois a verificação da ausência desses dois pressupostos negativos têm como finalidade precípua evitar o processamento de causas iguais quando houver: (i) identidade das partes, (ii) da causa de pedir e (iii) do pedido (art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC; e Súmula nº I/CARF).

50. Com efeito, na linha do que foi afirmado no item 26, tanto a concomitância quanto a litispêndência constituem requisitos de validade objetivos extrínsecos da relação processual. São pressupostos negativos, ou seja, fatos que não podem ocorrer para que o procedimento se instaure validamente. Representam **acontecimentos estranhos à relação jurídica processual** (daí o

adjetivo "extrínseco") que, uma vez existentes, impedem a formação válida do processo (procedimento). (grifos conforme original)

9.5. Feitos esses esclarecimentos, e à vista da terminologia utilizada nos normativos retromencionados, adotar-se-á, neste parecer, o entendimento de que a expressão “mesmo objeto” diz respeito àquilo sobre o qual recairá o mérito da decisão, quando sejam idênticas as demandas. Portanto, tem-se como critérios de aplicação da impossibilidade do prosseguimento do curso normal do processo administrativo, em vista da concomitância com processo judicial, tanto o pedido como a causa de pedir, e não somente o pedido.

9.6. Seguindo essa lógica, caso o processo administrativo fiscal contenha pedido mais abrangente que o do processo judicial, ele deve ter seguimento somente em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. Se, por exemplo, a ação judicial requer a anulação de um lançamento em relação a determinada multa, mas nada diz sobre a base de cálculo do tributo, e a impugnação administrativa tratar também da discussão sobre a base de cálculo, esta parte deverá ser objeto de julgamento administrativo.

10.A prevalência, nesses casos, do curso do processo judicial se deve ao princípio constitucional da unicidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”), segundo o qual o Poder Judiciário detém o monopólio do controle jurisdicional, não sendo necessário que se configure a efetiva lesão a direito, bastando a simples ameaça para que se dê o ingresso em juízo. Ademais, o caráter de não definitividade das decisões administrativas consiste na possibilidade de sua apreciação pelo Judiciário. Registre-se, ainda, a desnecessidade do esgotamento da via administrativa para o acesso ao Poder Judiciário, como ocorria no sistema constitucional revogado (CF/1967, art. 153, § 4º). (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 312).

10.1. Outra justificativa que se pode invocar para a inadmissibilidade da concomitância entre as discussões sobre a mesma matéria nas instâncias judicial e administrativa, sob pena de se admitir um dispêndio desnecessário de recursos públicos, além do risco de se obterem decisões conflitantes, passa pelo princípio da economia processual, o qual, segundo lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79), “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”. Trata-se do mesmo princípio que inspira os efeitos do instituto da litispendência no processo civil (arts. 219, 267 e 301 do CPC).” (destaques não constam do Parecer mencionado)

Mister ressaltar que o parcialmente transcrito Parecer Cosit nº 7, de 2014, revoga o Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 3 de 14/02/1996, mencionado na decisão de piso.

Necessário ressaltar, em face da recente mudança no Código de Processo Civil que o artigo 337, § 2º, é expresso em afirmar:

"Art. 337:

§ 2º: Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso."

Incabíveis maiores considerações a respeito. Peremptória a lei processual.

Assentes quanto ao conceito de concomitância entre a ação judicial e o processo administrativo tributário, passemos ao caso concreto.

No caso em apreço, a determinação da identidade de ações se torna ainda mais necessária e, com a devida vênia, o desacerto do entendimento esposado no voto condutor da decisão da DRJ, ainda mais flagrante.

Como bem apontado no acórdão de impugnação, a contribuinte impetrou ação judicial pleiteando a aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 1.510/76 às vendas das ações/quotas por ela realizada, procedendo ainda o depósito do montante integral.

Ora, o lançamento tributário que aqui se analisa foi efetuado justamente sobre tais verbas.

Vejamos a questão da concomitância.

Para tanto, destaquemos as controvérsias existentes.

No plano judicial, encontramos um mandado de segurança proposto pela Recorrente em face da Administração Tributária que tem por objeto a não incidência do IRPF sobre rendimentos obtidos com o ganho de capital de bens e direitos.

No plano administrativo, observamos que o Recorrente se insurge contra o lançamento tributário realizado sobre tal verba.

Ao buscarmos os elementos essenciais das duas demandas encontraremos:

	<i>Administrativo</i>	<i>Judicial</i>
<i>Partes</i>	Recorrente e Fisco	Recorrente e Fisco
<i>Pedido</i>	Cancelamento do lançamento	Não incidência da tributação
<i>Causa de pedir</i>	Nulidade do AI e existência de norma isentiva	Disposições de Decreto-Lei aplicáveis ao caso concreto

A simples leitura do quadro acima demonstra a inexistência de coincidência entre os elementos caracterizadores das lides, o que torna despropositado que o contribuinte possa vir obter a improcedência do lançamento como resultado da demanda judicial proposta, aliás, ele já obteve tal decisão.

Assim, mister que se conheça do recurso apresentado, uma vez que não se pode, sob ofensa ao primado da lógica jurídica, aplicar-se a Súmula CARF nº 1 ao caso em apreço, vez que nem mesmo o objeto, o pedido em si, é o mesmo. Na via judicial, se discute aplicação de norma isentiva. Na via administrativa o pedido é cancelamento do lançamento, por existir vedação decorrente de norma isentiva aplicável ao caso concreto

Não obstante o exposto, mister realçar que a concomitância de ações exige além da identidade do pedido, a identidade da causa de pedir.

Em consequência, entendo pelo conhecimento do recurso, porém afastado a nulidade arguida em razão da disposição do parágrafo 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

Quanto ao mérito, forçoso reconhecer a existência prévia de depósito judicial do montante integral do crédito tributário lançado.

Tal condição é reconhecida de plano pelo próprio Auditor Fiscal que cita tal fato em seu TVF (folhas 155):

"O contribuinte efetuou Depósito Judicial, em 3005/2007, conforme registro no sistema SINAL07 da Receita Federal do Brasil (Cód. 7416), referente ao IR sobre o Ganho de Capital na alienação das ações, no valor total de R\$ 3.405.040,12"

Mister realçar com tintas fortes que o valor depositado judicialmente é exatamente o mesmo constante do auto de infração, inclusive tendo sido realizado dentro do prazo legal do pagamento do tributo em discussão.

Ora, ao assim proceder, a contribuinte, além de suspender a exigibilidade do crédito tributário, na verdade o extinguiu, pois transferiu ao Fisco, sob a tutela judicial, o valor em litígio.

Tanto assim o é que o próprio CTN determina a extinção do crédito tributário, no inciso VI do artigo 156, com a conversão do depósito em renda. Tal efeito, por certo, inibe o interesse do Fisco em constituir o crédito tributário, afastando o poder/dever da Administração Tributária de efetuar o lançamento.

Outro não é o entendimento dos tribunais superiores. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, decidiu no REsp nº 1.140.956-SP que:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.140.956 - SP (2009/0089753-9)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELAINE RODRIGUES E OUTRO(S)

RECORRIDO : URSULA ERIKA MARIANNA BAUMGART
ADVOGADO : PAULO CAIDAR

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.

543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, II, DO CTN). ÓBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUIZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.

1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.

(Precedentes: REsp 885.246/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 06/08/2010; REsp 1074506/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/09/2009;

AgRg nos EDcl no REsp 1108852/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009; AgRg no REsp 774.180/RS, Rel.

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; REsp 807.685/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006; REsp 789.920/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 06/03/2006; REsp 601.432/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 28/11/2005; REsp 255.701/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 09/08/2004; REsp 174.000/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 25/06/2001; REsp 62.767/PE, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/1997, DJ 28/04/1997; REsp 4.089/SP, Rel. Ministro GERALDO SOBRAL, Rel. p/ Acórdão MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/1991, DJ 29/04/1991; AgRg no Ag 4.664/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/1990, DJ 24/09/1990)

2. É que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.

3. O processo de cobrança do crédito tributário encarta as seguintes etapas, visando ao efetivo recebimento do referido crédito:

a) a cobrança administrativa, que ocorrerá mediante a lavratura do auto de infração e aplicação de multa: exigibilidade-autuação ;

b) a inscrição em dívida ativa: exigibilidade-inscrição;

c) a cobrança judicial, via execução fiscal: exigibilidade-execução.

4. Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.

5. A improcedência da ação antiexacional (precedida do depósito do montante integral) acarreta a conversão do depósito em renda em favor da Fazenda Pública, extinguindo o crédito tributário, consoante o comando do art. 156, VI, do CTN, na esteira dos ensinamentos de abalizada doutrina, verbis:

"Depois da constituição definitiva do crédito, o depósito, quer tenha sido prévio ou posterior, tem o mérito de impedir a propositura da ação de cobrança, vale dizer, da execução fiscal, porquanto fica suspensa a exigibilidade do crédito.

(...)

Ao promover a ação anulatória de lançamento, ou a declaratória de inexistência de relação tributária, ou mesmo o mandado de segurança, o autor fará a prova do depósito e pedirá ao Juiz que mande cientificar a Fazenda Pública, para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Se pretender a suspensão da exigibilidade antes da propositura da ação, poderá fazer o depósito e, em seguida, juntando o respectivo comprovante, pedir ao Juiz que mande notificar a Fazenda Pública. Terá então o prazo de 30 dias para promover a ação. Julgada a ação procedente, o depósito deve ser devolvido ao contribuinte, e se improcedente, convertido em renda da Fazenda Pública, desde que a sentença de mérito tenha transitado em julgado" (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 27ª ed., p. 205/206).

6. In casu, o Tribunal a quo, ao conceder a liminar pleiteada no bojo do presente agravo de instrumento, consignou a integralidade do depósito efetuado, às fls. 77/78:

"A verossimilhança do pedido é manifesta, pois houve o depósito dos valores reclamados em execução, o que acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de forma que concedo a liminar pleiteada para o fim de suspender a execução até o julgamento do mandado de segurança ou julgamento deste pela Turma Julgadora."

7. A ocorrência do depósito integral do montante devido restou ratificada no aresto recorrido, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor, in verbis:

"O depósito do valor do débito impede o ajuizamento de ação executiva até o trânsito em julgado da ação."

Consta que foi efetuado o depósito nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela agravante, o qual encontra-se em andamento, de forma que a exigibilidade do tributo permanece suspensa até solução definitiva.

Assim sendo, a Municipalidade não está autorizada a proceder à cobrança de tributo cuja legalidade está sendo discutida judicialmente."

8. In casu, o Município recorrente alegou violação do art. 151, II, do CTN, ao argumento de que o depósito efetuado não seria integral, posto não coincidir com o valor constante da CDA, por isso que inapto a garantir a execução, determinar sua suspensão ou extinção, tese insindicação pelo STJ, mercê de a questão remanescer quanto aos efeitos do depósito servirem à fixação da tese repetitiva.

9. Destarte, ante a ocorrência do depósito do montante integral do débito exequendo, no bojo de ação antiexacional proposta em momento anterior ao ajuizamento da execução, a extinção do executivo fiscal é medida que se impõe, porquanto suspensa a exigibilidade do referido crédito tributário.

10. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

Nesse sentido, mister reconhecer a improcedência do auto de infração em razão da falta de interesse de agir da Administração Tributária.

Não obstante todo o exposto, mister realçar que em consulta ao sítio do STJ, constatou-se o trânsito em julgado da ação mandamental com decisão favorável ao Recorrente.

Vejamos a ementa de decisão proferida:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.241.131 - RJ (2011/0045219-4)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE : CECÍLIA ALMEIDA E SILVA GOUVÊA VIEIRA E OUTROS

ADVOGADO : LUÍS FELIPE KRIEGER MOURA BUENO E OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO – ACÓRDÃO PROLATADO EXCLUSIVAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS À SEGUNDA INSTÂNCIA – AUSÊNCIA DE NULIDADE –ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE ALIENAÇÃO DE AÇÕES SOCIETÁRIAS– DECRETO-LEI 1.510/76 – REVOGAÇÃO PELA LEI 7.713/88 –

DIREITO ADQUIRIDO— RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inexiste nulidade em julgamento promovido exclusivamente por juízes de primeiro grau convocados para substituição no Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que a isenção conferida pelo Decreto-lei nº 1.510/1976, art. 4º, 'd', é isenção onerosa, hipótese em que, nos termos do art. 178 do CTN e da Súmula 544/STF não poderia ser revogada se atendidos os seus requisitos, configurando-se direito adquirido à isenção. Precedentes.

3. Recurso especial parcialmente provido."

Quanto ao andamento processual, assim consta da página oficial do STJ:

"PROCESSO:RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE:CECÍLIA ALMEIDA E SILVA GOUVÊA VIEIRA E OUTROS

ADVOGADO:LUÍS FELIPE KRIEGER MOURA BUENO E OUTRO(S) - RJ117908 RECORRIDO :

FAZENDA NACIONAL ADVOGADO:PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000 LOCALIZAÇÃO:Saída para PROCESSO ELETRÔNICO BAIXADO em 09/10/2013

TIPO:Processo eletrônico.

AUTUAÇÃO:15/03/2011

RELATOR(A):Min. ELIANA CALMON - SEGUNDA TURMA

RAMO DO DIREITO:DIREITO TRIBUTÁRIO

ASSUNTO(S):DIREITO TRIBUTÁRIO,Impostos,IRPF / Imposto de Renda de Pessoa Física.

TRIBUNAL DE ORIGEM:TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

NÚMEROS DE ORIGEM:200751010105121.

1 volume, nenhum apenso.

ÚLTIMA FASE:11/10/2013 (11:43) OFÍCIO Nº 020462/2013-CD2T ENCAMINHANDO À ORIGEM PEÇAS DO PROCESSO TRANSITADO EM JULGADO EXPEDIDO AO(A) ASSESSOR(A) DA ASSESSORIA DE RECURSOS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO EM MÍDIA (Negritos originais. Sublinhados nossos.)

Por todo o exposto, forçoso reconhecer a desnecessidade do auto de infração em discussão.

Conclusão:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/07/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 04/

07/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por EDUARDO TADEU FARAH

Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 12448.733193/2011-70
Acórdão nº **2201-003.211**

S2-C2T1
Fl. 430

Com base nos fundamentos jurídicos e fatos apontados no voto, voto por conhecer do recurso voluntário, afastando a nulidade arguída e no mérito, dar-lhe provimento.

Carlos Henrique de Oliveira - Relator