



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 19647.009178/2005-61
Recurso nº 253.831 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-01.542 – 3ª Turma
Sessão de 05 de julho de 2011
Matéria Concomitância
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER RECIFE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2004

RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO JUDICIAL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA. APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE.

Nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa, caso a ação judicial seja extinta sem julgamento de mérito, pelo que não obsta a análise do direito material na esfera do CARF.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres e Judith do Amaral Marcondes Armando, que davam provimento.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Maria Teresa Martínez López - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rodrigo Cardozo Miranda, Júlio César Alves Ramos, Marcos Tranchesi Ortiz, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Trata-se de análise de recurso especial interposto pela contribuinte.

Por meio do Acórdão nº 203-13.351, de 07 de outubro de 2008, por maioria de votos, os Membros da então Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, deram provimento parcial ao recurso para anular a decisão da Delegacia de Julgamento, afastando a tese de concomitância de discussão nas esferas judicial e administrativa e assim para que fosse analisada a questão quanto ao mérito.

A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

Período de apuração: 01/01/2000 A 31/12/2004

*RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO JUDICIAL.
EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.
LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA.
APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE.*

*Nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa,
caso a ação judicial seja extinta sem julgamento de mérito, pelo
que não obsta a análise do direito material na esfera dos
Conselhos de Contribuintes.*

Recurso provido em parte..

A Fazenda Nacional, com fundamento no então Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, contra decisão majoritária consubstanciada em acórdão da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes interpõe recurso especial a esta Eg.Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A decisão não foi unânime e a sessão de julgamento é anterior a 30 de junho de 2009. A recorrente alega que o acórdão recorrido teria contrariado o art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/79 e art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830. Sustenta o acórdão recorrido que a extinção da ação judicial sem a análise de mérito afastaria a concomitância com a discussão administrativa, ao passo que a recorrente entende que o único requisito para que se configure a renúncia a instância administrativa seria o ajuizamento.

O apelo especial, uma vez verificados os requisitos de admissibilidade, foi recebido pelo despacho nº 3400-711 (fl. 172/173).

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martínez López, Relatora

Trata-se de análise de recurso especial de contrariedade à lei, interposto pela Fazenda Nacional.

Inicialmente a interessada interpôs mandado de segurança, processo nº 2005.83.00.012831-2, visando ao não-pagamento da Cofins e do PIS sobre seu faturamento sob os argumentos, dentre outros, de que, em face de sua natureza jurídica de condomínio, não seria contribuinte destas contribuições. A liminar foi indeferida. A interessada protocolou pedido de desistência da ação judicial.

Entendeu a DRJ e o voto vencido do Acórdão recorrido que o fato de a impetrante ter protocolado, depois do indeferimento da liminar, pedido de desistência daquela ação judicial, não afasta a concomitância entre ambos os processos.

A recorrente alega que o acórdão recorrido teria contrariado o art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/79 e art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830. Sustenta o acórdão recorrido que a extinção da ação judicial sem a análise de mérito afastaria a concomitância com a discussão administrativa, ao passo que a recorrente entende que o único requisito para que se configure a renúncia a instância administrativa seria o ajuizamento.

Não há reparos a fazer na decisão recorrida prolatada pelo I. Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro Miranda (voto vencedor), a seguir transcrita:

Com a devida vênia ao Ilustre Conselheiro relator, José Adão Vitorino de Moraes, abro a divergência com relação a seu entendimento de que há concomitância entre o processo que correu na esfera judicial, com este ora analisado.

E assim o faço com respaldo no entendimento de que "nada impede o reingresso do contribuinte na via administrativa, caso a demanda judicial seja extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), pelo que não estará solucionado a relação do direito material." (REsp 840.556/AM, Ministro relator Luiz Fux, DJU, I, de 20/11/2006).

Diferente não é, aliás, o posicionamento dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda: 201-80.154 (RV 135.210) e 101-96.433 (RV 153.726).

No caso concreto, há sim identidade na discussão, mas não concomitância, pois o contribuinte ao desistir de sua ação, obteve uma determinação judicial que se absteve de apreciar o mérito em debate, mesmo que em algum momento inicial esse tenha sido analisado.

A extinção da ação sem julgamento de mérito afastou SIM a suposta concomitância aplicada pela decisão ora recorrida.

Assim, voto por acolher o afastamento da concomitância aplicada, para anular a decisão recorrida, inclusive, para que outra seja proferida, apreciando a questão de fundo objeto do auto de infração lavrado contra a recorrente, referente à exigência da Cofins para o período de apuração 01/01/2000 a 31/12/2004.

De fato, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em Juízo.

Daí, nesse sentido é que o CARF tem aplicado a Súmula do órgão administrativo nos casos em que existe realmente concomitância. A opção em submeter o mérito da questão ao Poder Judiciário, antes de buscar a solução na esfera administrativa, torna inócua qualquer discussão posterior da mesma matéria no âmbito administrativo. Na verdade, tal opção acarreta em renúncia tácita ao direito público subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação a mesma matéria *sub judice*.

Não é o caso dos autos em que o mérito não foi objeto de análise do Judiciário em face da desistência da ação judicial.

CONCLUSÃO:

Em face ao acima exposto, por entender inexistir concomitância, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, de forma a se manter a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Maria Teresa Martínez López