



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

Processo n° 10410.000438/2009-66
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-000.818 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de outubro de 2012
Matéria IRPJ e Reflexos - Arbitramento
Recorrente ENERGY INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

DESISTÊNCIA DA INICIAL ANTES DA CITAÇÃO DA FAZENDA. NÃO HÁ CONCOMITÂNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 1 DO CARF. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA JURISDIÇÃO.

A desistência propositura pelo sujeito passivo de ação judicial antes da citação da Fazenda não implica renúncia às instâncias administrativas. Não havendo possibilidade de que sobrevenha decisão judicial, uma vez que houve disponibilização de um direito subjetivo antes que surgisse à parte contrária interesse correspondente, não há como falar em concomitância de tutela administrativa e judicial ou prejuízo ao princípio da unidade da jurisdição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencida a Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa, acompanhada pelo Presidente Valmar Fonseca de Menezes. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior. Fez sustentação oral o patrono da recorrente, Dr. Alexandre Jaguaribe (OAB/DF n. 6.712).

(documento assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

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

Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 28/07/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 14/08/2013 por VALMAR FONSECA DE MENEZES

Impresso em 19/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10410.000438/2009-66
Acórdão n.º **1101-000.818**

S1-C1T1
Fl. 3

(documento assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e Manoel Mota Fonseca. Ausente, justificadamente, a Conselheira Nara Cristina Takeda Taga.

Relatório

ENERGY INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Recife/PE que, por unanimidade de votos, NÃO CONHECEU da impugnação interposta contra lançamento formalizado em 28/01/2009, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 2.915.875,62.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

Trata-se de autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 05 a 08), da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 13 a 16), da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 21 a 24) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 29 a 31), lavrados para formalização e exigência de crédito tributário no montante de R\$ 2.915.875,62 (valores principais, multas e juros).

2. De acordo com o Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 87 a 90), o lançamento decorreu do arbitramento do lucro que se fez necessário ante a não apresentação do livro caixa (optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido). Agravou-se a multa (112,5%), nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

3. Apresentou-se impugnação em 20.02.2009 (fls. 110 e 111), contrapondo-se, em síntese, que: a) o percentual aplicado no arbitramento do lucro teria sido incorreto, b) o agravamento da multa teria sido indevido e c) não teriam sido levadas em conta retenções efetuadas pelos tomadores de serviços.

4. Nessa mesma data, comunicou-se, ao Delegado da DRF Maceió, a propositura de ação judicial para anulação do lançamento (petição inicial, fls. 95 a 108), cujo processo foi extinto sem julgamento do mérito, nos termos do inciso VIII do art. 267 do CPC (sentença de extinção, fl. 399).

A Turma julgadora, com fundamento no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96, não conheceu da impugnação, na medida em que a contribuinte propôs ação judicial anulatória do lançamento. Destacou o disposto no item “e” do referido Ato, que orienta neste sentido mesmo que o processo já tenha sido extinto, no Poder Judiciário, sem julgamento do mérito.

Cientificada da decisão de primeira instância em 19/07/2011 (fl. 409), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 04/08/2011 (fls. 410/413), no qual declarou a compatibilidade entre os itens “a” e “b” do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3/96 e a Súmula CARF nº 1, mas ressaltou que, *no presente caso, jamais coexistiram o processo administrativo e o processo judicial, uma vez que, no dia 05 de março de 2009, antes da citação da Fazenda Nacional, a Recorrente desistiu da ação.*

Aduziu que a desistência foi comunicada ao Delegado da Receita Federal, acompanhada da sentença de extinção da ação judicial, prolatada em 06 de março de 2009, e reitera que esta extinção se deu *antes que a relação processual fosse completada pela citação*

da Fazenda, ou seja, antes da formação do processo. Concluiu que não houve concomitância ou litispendência, impondo-se o conhecimento da impugnação.

Acrescentou, ainda, que, de toda sorte, a autoridade julgadora *deveria ter apreciado as matérias da impugnação distintas da constante do processo judicial*, pois nesta foi pedida a anulação do lançamento exclusivamente em razão do erro na alíquota aplicada para determinação da base de cálculo, ao passo que na impugnação também foi pedida a *desconsideração do agravamento da multa de lançamento de ofício de 112,5% para 75%, bem como que fossem consideradas, para dedução dos créditos que restassem lançados, as retenções efetivadas*.

Pediu, assim, a declaração de nulidade da decisão recorrida, para que a autoridade julgadora de 1ª instância conheça da impugnação ou, ao menos, aprecie as matérias distintas da constante da ação judicial.

Em 24/08/2011, a autoridade preparadora declarou a impossibilidade de interposição de recurso voluntário, na medida em que a decisão recorrida declarou a definitividade do crédito tributário.

Às fls. 452/453 há notícia de decisão proferida em 11/10/2011 nos autos do Mandado de Segurança nº 0005139-27.2011.4.05.8000, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir da impetrante, porque demonstrado pela impetrada que *desde 24/08/2011, não remanesce qualquer recurso em aguardo de julgamento perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. Observou-se que *em nenhum momento a impetrante questiona o conteúdo da decisão lavrada pela 3ª Turma da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Recife, mas tão-somente debate a recusa do Fisco em expedir – mesmo após a interposição de recurso voluntário apto a suspender a exigibilidade da obrigação tributária por ela devida – Certidão Conjunta Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União*. Frisou-se que *o estudo acerca da retidão do teor dos provimentos administrativos relativos ao caso foge aos limites daquele writ, cabendo a interessada, se entender pertinente, ingressar com ação própria para tanto*.

Em 29/11/2011 a autoridade administrativa encaminhou os autos ao CARF, ante a decisão proferida em 21/11/2011 no Mandado de Segurança nº 0006727-69.2011.4.05.8000, no qual a contribuinte foi beneficiada com liminar *para determinar ao Delegado da Receita Federal em Maceió que promova o regular seguimento ao Recurso Voluntário interposto no Processo Administrativo Fiscal nº 10410.000438/2009-66 contra o Acórdão nº 11-33.855 da 3ª Turma da DRJ/REC, encaminhando-o ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF* (fls. 461/466).

Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A apreciação do recurso voluntário presente nestes autos foi determinada por ordem judicial, a exigir, inicialmente, a definição dos contornos do pedido da impetrante e da decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Não consta dos autos a petição inicial do Mandado de Segurança nº 0006727-69.2011.4.05.8000, mas apenas a decisão concessiva da liminar. De seu relatório extrai-se:

ENERGY INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA impetrou o presente writ no intuito de obter decisão judicial para dar o regular seguimento ao Recurso Voluntário interposto no Processo Administrativo Fiscal nº 10410.000.438/2009-66 contra o Acórdão nº 11-33.855 da 3ª Turma da DRJ/REC, encaminhando-o ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

2. Em pedido liminar cumulativo requer a expedição de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa - CPD - EN, e a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, objeto do Processo Administrativo Fiscal referido, enquanto estiver pendente o julgamento do recurso voluntário na esfera administrativa.

3. Relata a impetrante que em janeiro de 2009, houve a autuação da Secretaria da Receita Federal, através do Processo Administrativo Fiscal (PAF) nº 10410.000.438/2009-66, tendo sido lançado créditos tributários relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, PIS/PASEP, Contribuição para o financiamento da Seguridade Social e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

4. Sucede que, em 20.02.2009, a impetrante ofereceu impugnação aos lançamentos realizados pela Receita Federal, e, ao mesmo tempo, informou que havia interposto naquela mesma data uma ação anulatória dos lançamentos.

5. No dia 19.03.2009, a impetrante aditou a impugnação do PAF.

6. No dia 20.03.2009, a empresa comunicou ao Delegado da Receita Federal sobre a desistência da ação anulatória de lançamento tributário, desstencia esta formulada na esfera judicial em 05.03.2009 e homologada, por sentença, em 06.03.2009, antes da citação da Fazenda Nacional.

7. No entanto, em 16.07.2011, através da intimação nº 140/2011 a DRF em Maceió deu ciência à impetrante do Acórdão nº 11-33.855 da 3ª Turma da Delegacia de Julgamento de Recife, que não conheceu da impugnação e manteve o crédito tributário lançado, sob o fundamento de que a propositura de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois da autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas.

8. Ciente disto, a impetrante recorreu para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, requerendo a declaração de nulidade da decisão recorrida para que a impugnação seja conhecida e apreciada na instância de piso.

9. Sucede que, em 25.08.2011, a impetrante ajuizou um Mandado de Segurança visando obter Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, pois defendia que a exigibilidade do crédito encontrava-se suspensa em face da interposição do recurso voluntário para CARF, logo, estava pendente o julgamento do recurso voluntário.

10. Em consequência, houve o deferimento de liminar, no entanto, ao prestar suas informações, a autoridade coatora apontou que inexistia o recurso voluntário junto ao CARF contra a decisão da DRJ, já que havia sido negado seguimento ao pedido, em obediência às normas internas da RFB.

11. Portanto esvaziou-se o objeto do pedido do Mandado de Segurança, autuado sob o nº 0005139-27.2011.4.05.8000, razão pela qual houve a extinção sem julgamento do mérito.

12. Em decorrência disso, impetra a empresa-requerente o presente mandamus no desiderato de obter decisão judicial para dar o regular seguimento ao Recurso Voluntário interposto no Processo Administrativo Fiscal nº 10410.000.438/2009-66 contra o Acórdão nº 11-33.855 da 3ª Turma da DRJ/REC, encaminhando-o ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

13. Ademais, defende a impetrante o seu direito a obter a Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa - CPD -EN, enquanto aguarda o julgamento do recurso voluntário pela segunda instância, e, na seqüência, seja deferido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN.

14. Informa que o FISCO, atualmente, nega-se a fornecer a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, apontando como justificativa os débitos/pendências do processo nº 10410.000.438/2009-66.

15. De outro lado, narra a impetrante a existência de contratos filmados com a Companhia Energética do Piauí - CEPISA e a Companhia Energética de Alagoas - CEAL estando obrigada a apresentar mensalmente a prova da regularidade fiscal, inclusive a Certidão Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, sem a qual não lhe serão pagos os serviços executados.

16. Caso não haja a prorrogação, por culpa da impetrante, haverá a sua responsabilização pela inexecução dos contratos, com todas as consequências disto decorrentes.

Ainda, nos fundamentos da decisão, o MM. Juiz Federal reporta-se a argumentação da impetrante em defesa do exercício de seu direito de petição, e contrário à definitividade do crédito tributário antes de decisão deste Conselho e ressalta:

O objeto deste novo mandamus não adentra no conteúdo da decisão administrativa desfavorável ao contribuinte, entretanto, pretende o contribuinte obter decisão da segunda instância sobre o seu não enquadramento na situação descrita pelo Ato Declaratório Normativo nº 03, de 14.02.1996, expedido pela Coordenação-Geral de Tributação - COSIT, ou seja, não houve a coexistência de processos judiciais e administrativos, em face da desistência, nos autos judiciais, antes da citação da Fazenda Nacional.

Acrescenta, ainda, que a impetrante, no recurso voluntário, em pedido alternativo, requer o julgamento das matérias distintas da constante ação judicial.

Diante deste contexto, disse a autoridade judicial: *Considerando que o impetrante nega a configuração da situação fática descrita na alínea "a" do Ato Declaratório Normativo nº 03/96, que justificou a decisão da DRJ-Recife, em exame superficial, entendo que não é razoável a própria DRF-Maceió ratificar a decisão da DRJ-Recife, e dar o caráter de definitividade ao crédito tributário, quando o órgão administrativo competente para o julgamento de recursos voluntários de decisão de primeira instância é o próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, consoante o art. 1º, do Anexo II, da Portaria nº*

256/09. Daí que, ante a *plausibilidade do direito vindicado pela impetrante e do perigo na demora na obtenção da tutela de urgência*, foi deferida a liminar nos termos descritos no Relatório.

A Fazenda Nacional ingressou com Agravo de Instrumento, mas em 13/03/2012 foi declarada a perda de seu objeto, em razão da notícia da prolação de sentença na ação de origem, e, de fato, em 27/01/2012 fora proferida sentença mantendo a decisão liminar, no sentido de determinar à autoridade coatora que desse seguimento ao recurso voluntário interposto nestes autos, encaminhando-o a este Conselho. Nesta decisão foram adotados os mesmos fundamentos antes mencionados para concessão da liminar, mas em razão das informações prestadas pela autoridade coatora, constaram os seguintes apontamentos na sentença:

17. Quanto à questão referente ao seguimento do recurso voluntário por parte da Receita Federal, não merece amparo as razões lançadas pela autoridade coatora no sentido ratificar a decisão administrativa de veto ao conhecimento do recurso voluntário interposto, sob o fundamento de que a propositura de ação anulatória pelo contribuinte inibiria a discussão da matéria na seara administrativa, eis que o impetrante comprovou a desistência da referida ação judicial antes da efetiva citação da Fazenda pública.

18. Em consulta ao TEBAS, mais precisamente no processo de nº 2009.80.00.01020-8, constata-se que a impetrante realmente requereu a desistência da referida ação anulatória antes de efetivada a citação da Fazenda Nacional, na data de 06/03/2009. Ocorre que, em 19/05/2011, a Receita Federal decidiu por tornar definitiva a formação do crédito tributário em razão do não conhecimento do recurso.

19. Com efeito, entendo que fora equivocada a decisão administrativa e, neste ponto, ratifico o teor da decisão de fls. 283/285, eis que a Fazenda Nacional não teve qualquer conhecimento da demanda, já que não houve a formalização da citação, só tomando conhecimento da ação judicial pela própria iniciativa do demandante, na esfera administrativa, por simples petição.

20. De fato, é sabido que o processo é formado por dois elementos associados: o procedimento, que retrata um conjunto de atos coordenados no intuito de alcançar um fim, que é a prestação jurisdicional; e a relação jurídico-processual, vínculo que une o autor, réu e juiz. Neste sentido, ausente a angularização da relação jurídico-processual, mediante a citação efetivamente concretizada, não se pode presumir a existência de ação judicial, por carência de elemento estrutural.

A sentença está assim ementada no documento transcrito no sítio da Justiça Federal de Alagoas na Internet:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CND. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. AÇÃO JUDICIAL. DESISTÊNCIA HOMOLOGADA ANTES DA CITAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O procedimento da Receita Federal em negar conhecimento ao recurso voluntário interposto pelo impetrante e, por conseguinte, tornar definitivo o crédito tributário ofende o Código Tributário Nacional, o qual é expresso em exigir prévio conjunto de atos para constituir validamente o crédito tributário, inexistentes neste caso. Imprescindível, no meu entender, a análise derradeira do pleito autoral no âmbito administrativo antes de cobrar a dívida, como, aliás, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

2. Não merece amparo as razões lançadas pela autoridade coatora no sentido ratificar a decisão administrativa de veto ao conhecimento do recurso voluntário interposto, sob o fundamento de que a propositura de ação anulatória pelo contribuinte inibiria a discussão da matéria na seara administrativa, eis que o impetrante comprovou a desistência da referida ação judicial antes da efetiva citação da Fazenda Nacional.

3. Segurança concedida. (negrejou-se)

Contudo, em que pese o teor do trecho acima destacado na ementa da sentença, o objeto do Mandado de Segurança em referência, como expresso na decisão liminar, *não adentra no conteúdo da decisão administrativa desfavorável ao contribuinte*, pretendendo a contribuinte, apenas, *obter decisão da segunda instância sobre o seu não enquadramento na situação descrita pelo Ato Declaratório Normativo nº 03, de 14.02.1996, expedido pela Coordenação-Geral de Tributação – COSIT.*

Por sua vez, as decisões proferidas (liminar e sentença), em seus dispositivos, limitaram-se a determinar o encaminhamento do recurso voluntário para este Conselho, sem qualquer definição acerca da validade, ou não, do ato proferido pela 3ª Turma da DRJ/Recife, embora referências desfavoráveis a ela tenham sido inseridas no corpo da sentença. Para maior clareza, transcreve-se o dispositivo da sentença em referência:

27. Diante do exposto, CONFIRMO A LIMINAR DEFERIDA E CONCEDO A SEGURANÇA, determinando que a autoridade coatora dê seguimento ao recurso voluntário interposto no Processo Administrativo Fiscal 10410.000.438/2009-66 contra o Acórdão nº 11-33.855 da 3ª Turma da DRJ/REC, encaminhando-o ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, observando o devido processo legal e a ampla defesa, bem como que a mesma se abstenha de negar à impetrante Certidão Negativa de Débito - CPD-EN em face do aludido Processo Administrativo Fiscal, enquanto este não for definitivamente julgado.

Diante de tal contexto, é de se concluir que o conteúdo da decisão recorrida não é objeto de discussão judicial, o que permite, no presente julgamento, a expressão da livre convicção dos Conselheiros.

Relevante registrar, ainda, que já se verificou o reexame necessário da sentença proferida no Mandado de Segurança nº 0006727-69.2011.4.05.8000, bem como a apreciação da apelação interposta pela Fazenda Nacional. Do acórdão publicado em 21/06/2012, obtido em consulta ao sítio do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, extrai-se a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. CND. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. AÇÃO JUDICIAL. DESISTÊNCIA HOMOLOGADA ANTES DA CITAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO COLENDO STJ.

1. A sentença concedeu segurança para determinar que a autoridade coatora dê seguimento ao recurso voluntário ofertado no Processo Administrativo Fiscal - PAF - indicado, encaminhando-o ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF -, observados o devido processo legal e a ampla defesa, e que a mesma se abstenha de negar à impetrante Certidão Negativa de Débito - CPD-EM.

2. O procedimento da Receita Federal em negar conhecimento ao recurso voluntário oposto pela impetrante e, por conseguinte, tornar definitivo o crédito tributário ofende o Código Tributário Nacional, o qual é expresso em exigir prévio

conjunto de atos para constituir validamente o crédito tributário, inexistentes neste caso. Imprescindível a análise derradeira do pleito autoral no âmbito administrativo antes de cobrar a dívida. Precedentes do colendo STJ.

3. Comprovada a desistência da ação judicial antes da efetiva citação da Fazenda Nacional, descabe ratificar a decisão administrativa de veto ao conhecimento do recurso voluntário interposto, sob o fundamento de que a propositura de ação anulatória pelo contribuinte inibiria a discussão da matéria na seara administrativa.

4. Apelação e remessa oficial não-providas. (negrejou-se)

Como se vê no destaque, o acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região também teria comentado a invalidade da interpretação adotada na decisão recorrida ao declarar a concomitância dos processos administrativo e judicial. Mas isto porque a Procuradoria da Fazenda Nacional, no recurso de apelação, suscitando o *ajuizamento, concomitantemente, de ação judicial com o escopo de anular os mesmos créditos lançados no PAF indicado, o que, nos termos do referido dispositivo legal, implica renúncia à faculdade de questionar administrativamente crédito fiscal submetido ao crivo judicial*, como expresso no relatório do acórdão.

De fato, para rebater esta alegação, o voto condutor do acórdão limita-se a reproduzir *as bem-elaboradas motivações esposadas* pelo juízo de 1ª instância, antes transcritas, decidindo negar provimento à apelação e à remessa oficial.

Os autos da apelação e da remessa oficial permanecem, desde 11/07/2012, aguardando ciência da decisão à Fazenda Nacional.

Definido, portanto, o âmbito de atuação desta Turma de Julgamento, passa-se à apreciação dos argumentos da recorrente, inicialmente no que tange ao seu pedido principal de declaração de nulidade da decisão recorrida, para que a autoridade julgadora de 1ª instância conheça da impugnação.

Entende a recorrente que não coexistiram os processos administrativo e judicial, na medida em que o processo judicial não se formou, vez que formalizada a desistência pela autora antes da citação da Fazenda Nacional.

Como relatado, em 28/01/2009 a contribuinte foi cientificada do lançamento (fl. 113), facultando-lhe a interposição, no prazo de 30 (trinta) dias, de impugnação. À fl. 95 há DARF recolhido em 05/02/2009 para obtenção de cópia do presente processo administrativo e, na seqüência, consta cópia da petição inicial da Ação Anulatória de Débito Fiscal nº 2009.80.00.001020-8 (fls. 96/108), assinada em 20/02/2009 e expressando o seguinte pedido:

- a) que seja julgada procedente a presente ação, para o fim de se anular o lançamento tributário, Auto de Infração IRPJ nº 10410.000438/2009-66, com a alíquota majorada incidente sobre a prestação de serviços, sem a cautela desta prestação ser por empreitada com utilização de materiais próprios, e, por via de consequência o PIS/PASEP, o CONFINS e a Contribuição Social (CSLL);*
- b) a concessão da tutela antecipada, com suspensão da exigibilidade do tributo;*
- c) a citação da ré, na pessoa de seu representante judicial;*
- d) a condenação da ré no pagamento das verbas da sucumbência;*

e) produção de provas por todos os meios admitidos em direito, principalmente provas documentais.

Consulta ao sítio da Justiça Federal de Alagoas, na Internet, permite verificar que referida ação foi proposta em 20/02/2009. Na mesma data foi proferida decisão negando a antecipação de tutela requerida pela interessada, sob os seguintes fundamentos:

Não identifico a plausibilidade das alegações autorais. Isso porque os fatos afirmados pelo autor passam pela análise de situações de fato incabíveis de serem feitas em sede liminar. A tese do demandante, escorada principalmente na utilização inadequada da alíquota do imposto cobrado e desconsideração dos valores cobrados na fonte, assenta-se em fatos cuja veracidade exige dilação probatória, somente reveláveis em momento processual vindouro.

Há de se considerar também que os atos administrativos são dotados da presunção de legitimidade, somente desfeita a partir de robustos elementos apresentados pelo impugnante, o que, como se percebe a partir das ponderações acima, não ocorreu no caso sub judice, nomeadamente em casos que houve o devido procedimento fiscal referente a apuração consubstanciada no Auto de Infração IRPJ nº 10410.000438/2009-66.

Ademais, a autora não realizou nenhuma medida visando garantir o juízo para amparar, em sede de medida antecipatória, a suspensão da exigibilidade do tributo.

Referida sentença foi publicada em 27/02/2009 e em 05/03/2009 há o registro de ingresso de petição, seguida de sentença proferida em 06/03/2009 e publicada em 12/03/2009, declarando extinto o processo, sem julgamento do mérito, na medida em que o requerimento foi feito antes da citação da ré.

Também em 20/02/2009 a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 110/111 na qual requereu o provimento de sua defesa para o fim de:

- a) ser desconsiderado o percentual de 38,40% utilizado na determinação das bases de cálculo de IRPJ e da CSLL e ser utilizado o percentual de 9,6%;*
- b) ser desconsiderado o agravamento da multa de ofício, sendo esta reduzida para o percentual de 75%;*
- c) serem consideradas, para dedução dos créditos tributários que restem lançados, as retenções efetivadas.*

Em 19/03/2009 a impugnante aditou sua defesa, ampliando seus fundamentos jurídicos para os mesmos pedidos acima transcritos, e juntando os documentos de fls. 122/393. Em 20/03/2009 a contribuinte comunicou a desistência da Ação Anulatória nº 2009.80.00.001020-8, apresentando a sentença homologatória (fls. 397/400).

Diz o Ato Declaratório COSIT nº 3/96:

- a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente 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 et matéria diferenciada (...);*

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 à 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 do mérito (art. 267 do CPC)

Como bem reconhece a recorrente, o conteúdo dos itens “a” e “b” do referido Ato Declaratório está também expresso em Súmula deste Conselho:

Súmula CARF nº 1: 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.

Contudo, ambos os atos apontam a *propositura* de ação judicial como ato suficiente para impedir a apreciação, no contencioso administrativo, de matéria levada à apreciação do Poder Judiciário. Não se exige, portanto, a coexistência dos processos administrativo e judicial para se concluir pela renúncia às instâncias administrativas, mas apenas o ato de propor *ação judicial por qualquer modalidade processual*.

Diz o Código de Processo Civil:

Art.263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

[...]

Art.284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Nestes termos, poder-se-ia afirmar que não houve propositura de ação, apenas, se a petição inicial fosse declarada inepta, possibilidade esta excluída no presente caso, na medida em que o pedido de antecipação de tutela nela contido foi apreciado e negado pela autoridade judicial.

Em que pese a interpretação em sentido contrário, colacionada sem conteúdo vinculante nas decisões judiciais antes reproduzidas, adota-se aqui o entendimento de que a contribuinte declinou de seu direito à discussão administrativa quando optou por submeter a matéria ao Poder Judiciário. Para que a desistência pudesse ser eficaz, necessário seria que ela se verificasse antes de transcorrido o prazo para impugnação ao lançamento. Contudo, como

visto, ela somente foi requerida em 05/03/2009, depois de negada a antecipação de tutela em 27/02/2009, mesma data em que se encerrou o prazo para impugnação ao lançamento.

Portanto, no período em que lhe era possível impugnar o lançamento, a contribuinte praticou ato incompatível com sua conduta na esfera judicial. Na medida em que optara por lá debater a utilização de *alíquota majorada incidente sobre a prestação de serviços, sem a cautela desta prestação ser por empreitada com utilização de materiais próprios*, deixou de ter o direito de questionar a mesma matéria na esfera administrativa.

De outro lado, porém, tem razão a recorrente ao defender seu direito de ver apreciados os demais argumentos deduzidos em sua impugnação. De fato, caso a ação judicial tivesse curso, declarando-se a validade da forma de cálculo adotada para determinação do lucro arbitrado no período autuado, seria necessário definir se o crédito tributário seria devido na integralidade, ou se caberiam as deduções em razão das retenções alegadas na impugnação, bem como se a exigência deveria ser feita com multa de 112,5% ou 75%, consoante também argüiu a contribuinte.

Entendeu a autoridade julgadora de 1ª instância que a propositura de ação anulatória do lançamento seria suficiente para o não conhecimento integral da impugnação. Todavia, embora haja semelhança entre os pedidos da ação judicial e da impugnação, na medida em que ambos pretendiam a desconstituição do lançamento, resta claro que na impugnação foi apresentada argumentação subsidiária não deduzida em juízo.

Assim, firmando-se aqui entendimento distinto da autoridade julgadora de 1ª instância, impõe-se a declaração de nulidade parcial da decisão recorrida, para que não haja cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, determinando-se o retorno dos autos DRJ/Recife para apreciação dos argumentos de defesa que não integraram o objeto da Ação Anulatória nº 2009.80.00.001020-8.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR

O princípio da unidade da jurisdição determina que, havendo concomitância entre o objeto da discussão administrativa e o da lide judicial, tendo ambos origem em uma mesma relação jurídica de direito material, torna-se prejudicada a defesa na via administrativa, uma vez que esta se subjeta àquela, em face da preponderância do mérito pronunciado na instância judicial.

É certo que prestação da tutela jurisdicional se inicia mediante a provocação do Estado-juiz, segundo o sistema dispositivo da formação do processo. A propositura da ação determina a formação do processo, com o estabelecimento da relação processual entre o autor o Estado-juiz; porém a estabilização do processo só se opera com a citação do réu. Citado o réu, o Estado também se obriga perante o réu a prestar-lhe jurisdição, restando completa a relação processual.

Efetivada a citação, ambos, autor e réu, têm direito à tutela jurisdicional, e a desistência da ação por parte do autor só se realiza com a concordância do réu, porque ambos passam a ter direito à tutela jurisdicional e à prolação de uma sentença de mérito.

Ocorre que, optando pela desistência da ação antes de realizada a citação do réu, não se operou a estabilização do processo, e a renúncia à tutela jurisdicional cinge-se à disponibilização de um direito subjetivo do autor. A desistência da ação antes da citação do réu não provoca prejuízo a direito ao curso da ação pela Fazenda Nacional, porque pretendo direito não nascera, não sendo esta credora da tutela jurisdicional.

Ademais, a inteligência da súmula CARF nº 1, que estabelece que a propositura de ação judicial implica renúncia às instâncias administrativas, é no sentido de que o contribuinte, em seu direito de obter uma resposta do Estado, abdica da tutela administrativa quando seu estado em juízo importará outra decisão que, ou ratificaria a decisão administrativa, ou a ela sobrepor-se-ia.

A ideia contida na renúncia às instâncias administrativas, então, pauta-se pela desnecessidade da decisão administrativa face à decisão judicial. Quando o jurisdicionado desiste da ação, ele não obterá decisão judicial, e negar-lhe a oportunidade de defender-se na esfera administrativa implicaria privá-lo de exercer um direito subjetivo garantido pelo Estado Democrático de Direito.

Não havendo possibilidade de que sobrevenha decisão judicial, uma vez que houve disponibilização de um direito subjetivo antes que surgisse à parte contrária interesse correspondente, não há como falar em concomitância de tutela administrativa e judicial ou prejuízo ao princípio da unidade da jurisdição.

Processo nº 10410.000438/2009-66
Acórdão n.º **1101-000.818**

S1-C1T1
Fl. 15

Diante o exposto, voto por anular a decisão ora recorrida, e determino que a Delegacia da Receita Federal de Julgamento examine a peça impugnatória, proferindo nova decisão.

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR – Redator designado

CÓPIA