



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

Processo nº 11052.000871/2010-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-00.634 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2012
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente NEXANS BRASIL S/A. (SUCESSORA DE FICAP S/A)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

LANÇAMENTO DO TRIBUTO COM EXIGIBILIDADE SUSPENSÃO POR DEPÓSITO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DO TRIBUTO. NULIDADE INEXISTENTE.

O lançamento, por ter o condão de constituir o crédito tributário, efetuado em consonância com o art. 142, do CTN, e art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não está inquinado de nulidade quando vise prevenir a decadência.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria posta ao Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e não conhecer das razões de mérito em razão da opção da contribuinte pela via judicial.

documento assinado digitalmente

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.

documento assinado digitalmente

JOSÉ SÉRGIO GOMES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, José Sérgio Gomes, Eric Moraes de Castro e Silva e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

Em foco recurso voluntário visando a reforma da decisão da 6ª Turma de Julgamento da DRJ-I no Rio de Janeiro-RJ que deixou de conhecer em parte a impugnação e, quanto à parcela conhecida, julgou parcialmente procedentes os lançamentos efetuados em 25/10/2010 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro-RJ com vistas a exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), acrescidos de juros moratórios calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

As exigências do IRPJ e CSLL, operadas pelo regime do lucro real anual, afetas aos anos-calendário de 2006 e 2007, decorrem da adição de valores ao lucro líquido correspondentes a amortizações de ágio na aquisição de ações.

Transcrevo o relatório do r. Acórdão recorrido, por bem delinear a questão:

“Os fatos que motivaram e envolveram a autuação foram assim descritos, às fls 243:

1. conforme art 385 do RIR/199, o contribuinte que avalia investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em duas parcelas: "valor de patrimônio líquido" e "ágio ou deságio"

2. regra geral, conforme arts. 391 e 426 do RIR/1999, a amortização do ágio acima mencionado só poderá ser deduzida na apuração do lucro real por ocasião da alienação do investimento;

3. excepcionalmente, quando a motivação do registro do ágio tenha fundamento em expectativa de rentabilidade futura (art 385, § 2., inciso II), ocorrendo a incorporação da investida (ou vice-versa) a legislação tributária permite a amortização do ágio, conforme art 386 do RIR/1999;

4. no caso concreto, a pessoa jurídica FCP do Brasil S/A foi constituída em 18/05/2001 com capital inicial de R\$ 261.838.861,35, totalmente integralizado com ações da FICAP S/A, hoje incorporada pela autuada (Nexans do Brasil SA);

5. o capital inicial acima referenciado foi registrado, no ativo da investida, de forma que R\$ 172.192.683,63 correspondeu a "ágio no investimento" e o restante a título de "valor de patrimônio líquido";

6. em 27/06/2001, sem ter efetivamente iniciado suas atividades, a FCP do Brasil foi extinta por incorporação pela sua controlada, a FICAP S/A, que a partir de então, entendendo-se acobertada pelo art. 386 do RIR/1999, passou a beneficiar-se da amortização do ágio de suas próprias ações, reduzindo, de

forma considerada indevida, o lucro real e a base de cálculo da CSLL do período.

Com base nos fatos expostos, a partir da premissa de que, no caso concreto, o art 386 do RIR/1999 não albergava a interessada, foram formalizados os lançamentos de IRPJ e CSLL, referentes à glosa das despesas das quais a FICAP S/A se beneficiou nos anos posteriores à incorporação da FCP do Brasil, referentes a amortização de ágio. Acerca dos referidos fatos e sobre os lançamentos formalizados a autoridade autuante teceu ainda as seguinte observações:

- sobre o conjunto da operação, assim dispôs parecer de auditores independentes, juntado aos autos: "Devido à incorporação, a empresa recebeu em substituição das ações da FCP do Brasil, ações da FICAP, da mesma quantidade e espécie das ações originais, subrogando-se nos mesmos direitos e obrigações. Não houve alteração do capital da FICAP...";*
- não houve qualquer outro propósito na operação realizada além da economia tributária. Se consideradas individualizadamente, as etapas do conjunto não possuíam objeto negocial e, economicamente, ao fim do processo, os efeitos foram inócuos, exceção feita aos reflexos fiscais;*
- o PN CST 46, de 17/08/1987, corrobora a indedutibilidade da amortização do ágio na hipótese de incorporação às avessas;*
- a interessada é parte na ação ajuizada sob o nº 2006.51.01.4903155, na qual discute a dedutibilidade do ágio que é objeto da autuação;*
- para 2006 e 2007, foram realizados depósitos nos valores integrais do IRPJ e da CSLL que deixaram de ser recolhidos em função da despesa ora glosada e, relativamente a 2008, os valores depositados em juízo foram insuficientes. Por este motivo, apenas para aqueles dois primeiros anos o crédito tributário foi lançado com exigibilidade suspensa. Os valores referentes a 2008 estão sendo exigidos por meio do auto de infração que é objeto do processo 11052.000872/2010-69."*

Impugnando os lançamentos a contribuinte suscitou preliminar de nulidade do procedimento em vista de erro na capitulação legal e inadequada menção ao PN CST nº 46/87, afora o fato de que antes da lavratura do auto de infração fez, preventivamente, os depósitos judiciais correspondentes aos tributos pagos a menor em função do ágio amortizado.

Quanto ao mérito, aduziu que o conjunto de operações societárias encontram-se acobertadas pelos artigos 385 e 386 do RIR/1999 e seguiu todas as formalidades cabíveis, sendo que o Fisco não questionou o fundamento econômico do ágio e inexistiu ato simulado, bem assim, que para garantir o direito em prosseguir com as amortizações, nos anos de 2006 e seguintes, ajuizou o mandado de segurança distribuído sob nº 2006.51.01.490315-5 e realizou o depósito integral do IRPJ e CSLL que deixaram de ser recolhidos em função da dedução desse ágio.

Aquela 6ª Turma de Julgamento admitiu a impugnação, refutou a preliminar de nulidade e consignou que a constituição do crédito tributário pelos autos de infração visaram resguardar o interesse da Fazenda Pública com objetivo de evitar a decadência, ressaltando-se, contudo, a não aplicação de multa de ofício, nos moldes do artigo 63 da Lei nº 9.430, de 1996.

Quanto ao mérito consignou que no processo judicial noticiado a contribuinte discute a mesma matéria, daí restar prejudicada a apreciação da peça impugnatória em face do disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, combinado com o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830, de 1980, e ainda do Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03, de 1996.

No que condiz aos juros de mora afastou-os, em vista dos depósitos nos montantes integrais, fundamentando a decisão na Súmula nº 5 desta Corte Administrativa.

Ao final, determinou a intimação do interessado para recolhimento do crédito tributário mantido, ressalvadas as hipóteses de interposição de recurso voluntário ou de a exigibilidade ainda estar suspensa.

O Acórdão nº 12-35.715, tomado por unanimidade de votos, assim se expressou:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A propositura de ação judicial implica renúncia à instância administrativa relativamente à matéria que foi levada a juízo. Se o impugnante aduz outras questões além daquelas que aguardam apreciação judicial, a impugnação há de ser conhecida apenas com relação à matéria não coincidente.

JUROS DE MORA. DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL.

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Súmula CARF nº 05).

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.

Na ausência de fatos novos a ensejarem conclusões diversas, o decidido no lançamento principal se estende aos reflexos.”

Ciente do decisório em 22 de março de 2011, fl. 1.095v, a interessada aviou em 14 do mês seguinte o recurso de fls. 1.096/1.141 no qual suscita que não obstante a medida judicial entende como certa a possibilidade de se defender na instância administrativa, mesmo porque o direito de ampla defesa no processo administrativo é garantido ao contribuinte pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV.

Passo seguinte, reprisa suas razões de impugnação, inclusive as preliminares de nulidade por erro na capitulação da legislação, erro na capitulação dos fatos e incabimento de layratura de auto de infração em vista dos depósitos nos montantes integrais.

É o relatório, em apertada síntese.

Voto

Conselheiro José Sérgio Gomes, Relator

Observo a legitimidade processual e o aviamento do recurso no trintídio legal.

Pelo recurso voluntário conclui que inexistente controvérsia quanto ao fato da matéria estar sendo discutida no Judiciário, conduzido a tanto pela leitura dos itens 68 a 72 da peça recursal (fls. 1.114/1.115), nos quais a contribuinte defende a possibilidade de se defender em instância administrativa mesmo que haja medida judicial em andamento perante os Tribunais Pátrios, sob o entendimento de guarida constitucional, colacionando, inclusive, julgado do Conselho de Contribuintes com essa orientação (sem identificação, contudo, de qual dos três extintos Conselhos teria proferido o decisório nem tampouco qual seria o número do Acórdão).

Posteriormente, iniciado o julgamento, a Recorrente trouxe em sua sustentação oral e também nos memoriais apresentados que a causa de pedir e o objeto do Mandado de Segurança nº 2006.51.01.490315-5 não se confundem com os postulados no processo administrativo. Aqueles seriam o reconhecimento de direito líquido e certo à amortização do ágio enquanto estes a desconstituição de crédito tributário lançado com base na prática de simulação.

Em se tratando de matéria de direito não vejo qualquer obstáculo na análise dessas novas razões.

Enfrentando-as, e rogando *venia*, concluo inexistir a diferenciação pretendida na medida em que a postulação no Judiciário abarca os quesitos processuais (causa de pedir e objeto) trazidos à Administração, é dizer, coincidência integral.

Em sendo assim, há que se ter em mente o princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, segundo o qual a decisão judicial sempre prevalece sobre a administrativa.

Desse modo, a ação judicial tratando de determinada matéria infirma a competência administrativa para decidir de modo diverso, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, a ele é conferida a capacidade de examiná-las de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

A propositura de ação judicial pela contribuinte, em razão disso, nos pontos em que haja idêntico questionamento, torna ineficaz o processo administrativo.

De fato, havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa, pois, do contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa.

Ademais, observo que a matéria já se encontra sumulada por esta Corte, de sorte que não mais comporta discussões. Veja-se:

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.

Oriento meu voto, pois, pelo não conhecimento do recurso, neste particular.

No que toca à legitimidade do auto de infração, mesmo existindo depósitos judiciais nos montantes integrais dos tributos exigidos, entendo que este remédio suspensivo da exigibilidade, assim previsto no artigo 151, II, do Código Tributário Nacional CTN, não impede a fluência de prazo decadencial, sendo, pois, necessária a constituição do crédito tributário a fim de garantir os interesses da Fazenda Nacional.

E a formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício, conforme o artigo 142 do CTN e instrumento previsto no artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, decorre do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuá-lo.

Portanto, o procedimento de lavratura do auto de infração, obedecida a abstenção de exigência do pagamento do débito apurado, circunstância formalmente enunciada no ato administrativo de fls. 246 e seguintes, em nada ofende ou contraria as garantias do administrado.

Finalmente, as imputações de erro na capitulação da legislação e dos fatos não se sustentam, seja porque a imputação do Fisco (transcrita linhas atrás) encontra-se completa e possibilitou o amplo conhecimento, pela autuada, dos fatos que motivaram a ação fiscal, seja porque a exuberância das peças impugnatória e recursal, as quais buscam elidir inequívoca e criteriosamente todos os pontos da autuação fiscal, afasta de vez a possibilidade de prejuízo ao direito de defesa. Referidas razões, em verdade, espelham o próprio mérito da questão, confundindo-se com o próprio, e como tal seriam enfrentadas acaso não existisse o impedimento já alinhavado.

Com tais razões, VOTO por não tomar conhecimento do recurso no que afeta ao mérito da exigência, em face da concomitância e, em relação às preliminares de nulidade do auto de infração, admitir o recurso e rejeitá-las.

documento assinado digitalmente
José Sérgio Gomes

Processo nº 11052.000871/2010-14
Acórdão n.º **1103-00.634**

S1-C1T3
Fl. 1.160

CÓPIA