



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

Processo nº 11052.000871/2010-14
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1103-001.104 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria IRPJ e CSLL
Embargante NEXANS BRASIL S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

Não são cabíveis embargos de declaração, com fulcro no art. 65, Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho, quando não demonstrada a omissão no v. acórdão embargado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, rejeitar os embargos por unanimidade.

Assinado digitalmente

Aloysio José Percínio da Silva - Presidente.

Assinado digitalmente

Fábio Nieves Barreira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fábio Nieves Barreira, André Mendes de Moura, Breno Ferreira Martins Vasconcelos, Marcos Shiguelo Takata e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

A embargante opôs embargos de declaração, com fulcro no art. 65, Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho, em razão da omissão existente no v. acórdão embargado (fls.):

1. No que interessa aos presentes embargos de declaração, o v. acórdão de fls. 1.191/1.196 consignou o entendimento da Colenda 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Egrégia 1ª Seção de Julgamento do CARF no sentido de não conheci as razões de mérito do recurso voluntário interposto pela ora Embargante, sob a alegação de que haveria concomitância entre este processo administrativo e o Mandado de Segurança nº 2006.51.01.490315-5.

2. De acordo com o v. acórdão de fls. 1.191/1.196 inexistiria 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".

3. Concessa vênias, ao assim decidir, o v. acórdão de fls. 1.191/1.196 incorreu em grave omissão que merece ser, de pronto, sanada por essa Colenda Câmara.

4. Isso porque, pela leitura do v. acórdão de fls. 1.191/1.196 é possível verificar que o mesmo limitou-se a afirmar que haveria coincidência integral entre os "quesitos processuais", sem fazer qualquer menção ao próprio conceito de concomitância entre processos, bem como em relação aos motivos pelos quais, nesse caso concreto, haveria a identidade alegada.

Como consequência, a embargante requer:

13. Sendo assim, a Embargante respeitosamente requer o acolhimento e provimento dos presentes embargos de declaração, inclusive com efeitos modificativos, para que, sanada a omissão contida no v. acórdão embargado, seja conhecido, no mérito, o recurso voluntário interposto pela ora Embargante.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fábio Nieves Barreira

Diz o art. 65, Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e

os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada

dirigida ao presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão:

(...)

Portanto, são condições de admissibilidade do recurso: a) a interposição do recurso no prazo de cinco dias da intimação; e b) a demonstração da deficiência do v. acórdão, relativamente à omissão.

O recurso é tempestivo, conforme fls. 1332, 1333 e 1350.

Passa-se, então, a se investigar a presença das demais condições.

Como já dito, a recorrente fundamenta a sua pretensão, na omissão do v. acórdão recorrido, que julgou prejudicado o recurso voluntário interposto pela recorrente, fundamentado na concomitância:

Observe 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 guarda 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 2006.51.01.4903155 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.

A recorrente, por outro lado, alega:

5. Como sabido, para que haja concomitância entre um processo e outro, é imprescindível que tais processos sejam idênticos. Essa identidade entre os processos, por sua vez, deverá ser determinada pela análise de três itens, quais sejam (i) as partes; (ii) a causa de pedir; e (iii) o pedido.

6. Nesse sentido, é importante destacar que o v. acórdão de fls. 1.191/1.196, caso fizesse a análise detida da tríade processual do mandado de segurança e do presente processo administrativo, não chegaria, por óbvio, à conclusão de concomitância que resultou no não conhecimento do recurso voluntário interposto pela ora Embargante.

7. Vale dizer que, em parecer elaborado exatamente para o caso da ora Embargante, o Ilustre Professor Arruda Alvim (doc. 2), dissecando a tríade processual tanto do mandado de segurança quanto do processo administrativo, trata com brilhantismo da

inexistência de concomitância entre os mesmos. Veja pequeno trecho tratando do tema em voga:

(...)

"Veja-se, ademais, que o precedente mandado de segurança, anterior às autuações fiscais, versa a obrigação tributária: postulou-se, judicialmente, a declaração da juridicidade da maneira como se pretendia calcular os valores de IRPJ e CSLL no futuro. Situação diversa ocorre na via administrativa quando, já autuada, a empresa insurge-se precisamente em face desse lançamento tributário, com vistas a impedir a constituição definitiva do crédito.

Os escopos dos pedidos - melhor dizendo, a eficácia dos provimentos requeridos - são absolutamente distintos, nas medidas judicial e administrativa analisadas. Isso porque o mandado de segurança com caráter preventivo tem um pedido de natureza declaratória, como reconhece o Superior Tribunal de Justiça: "Quando o mandado de segurança, antecipando-se ao lançamento fiscal, não ataca ato algum da autoridade fazendária, prevendo apenas a sua prática, a sentença que concede a ordem tem natureza exclusivamente declaratória do direito a respeito do qual se controverte, induzindo o efeito da coisa julgada" (REsp 12184/RJ, Rei. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/1995, DJ 26/02/1996, p. 3981). Essa é uma das principais aplicações, note-se, do mandado de segurança preventivo em matéria tributária, em que "o contribuinte se antecipa ao fisco e procede ao pagamento [no caso, ao depósito judicial], o qual se sujeita, numa etapa posterior à conferência e homologação por parte da autoridade administrativa (CTN, art. 150" É o caso de que se cuida: o pedido declaratório não pressupõe ou demanda um lançamento. Pretende-se tão somente declarar a juridicidade de uma relação ou situação jurídica. Não se busca a desconstituição do crédito tributário, mas, diversamente, antecipando-se a esse lançamento, requer-se um provimento judicial que afirme não ser devido determinado tributo. A tutela pleiteada é no sentido de eliminar uma incerteza jurídica atual e que se projeta no futuro, portanto. Deverá sobrevir uma decisão que se limita a reconhecer os contornos da relação jurídica, ou mesmo sua inexistência.

Por outro lado, o que se passa nas impugnações é a insurgência do contribuinte em relação ao fato concreto da autuação, as características e o montante desta. (...)

O que se busca evidenciar aqui é que essas impugnações ou "manifestações de inconformidade" trazem em si um pedido de cunho eminentemente constitutivo negativo, pois o que se pretende é anular, cancelar, ver desfeito o ato administrativo que determinou o lançamento tributário. Quer-se estabelecer "um novo status jurídico para os litigantes", com a desconstituição dos atos exarados pela Receita Federal. São, portanto, bastante diferentes o caráter declaratório do mandado

de segurança preventivo, cujos efeitos operam-se a toda relação jurídica futura, do caráter constitutivo (negativo) das impugnações administrativas, que pressupõem necessariamente os específicos e só sobre eles produzirá efeito. Essa diferenciação, por si só, já implica dizer que uma discussão (a inicial) não impede outras (administrativas) com objetivos e procedimentos estanques, diversos." (fls. 14/17 do parecer acostado aos presentes embargos de declaração. Grifos nossos e do original.)

i. Sem maiores delongas, a Embargante pede vênias para transcrever mais um trecho do parecer elaborado pelo Ilustre Professor Arruda Alvim em que é citado expressamente o v. acórdão ora embargado com o reconhecimento da necessidade de se analisar minuciosamente a defesa administrativa e o processo judicial para se verificar a existência ou não de concomitância. Ou seja, a necessidade de sanar a omissão alegada pela Embargante. Confira-se:

"Por outro lado, a linha de raciocínio do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no julgamento de um dos processos administrativos aqui analisados, é a seguinte:

'conclui 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. (...) 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" (CARF, Processo n. 11052.000871/2010-14, 1ª Câmara, Acórdão n. 1103-00.634, de 15/03/2012).'

Justamente por isso é que foi necessária a análise do início deste parecer: para que se pudesse observar se a mesma causa de pedir está a fundamentar a ação judicial e as impugnações na via administrativa apresentada pela empresa, isto é, se a insurgência da empresa deu-se, nas duas vias (judicial e administrativa), com base em idênticos fundamentos." (fls. 23 do parecer. Grifos do original)

9. Ora, Ilustres Conselheiros, como se depreende da petição inicial do mandado de segurança preventivo (doc. 3), a Embargante identifica como objeto e causa de pedir a reorganização societária realizada que acabou por gerar ágio e tem como pedido a declaração da regularidade da operação societária e o reconhecimento do seu direito à amortização do referido ágio nos termos dos artigos 385 e 386 do Regulamento de Imposto de Renda de 1999.

10. Por outro lado, nestes autos, a Embargante identifica como objeto e causa de pedir o auto de infração lavrado pela Embargada, sob o argumento de que a Embargante teria equivocadamente reduzido seu lucro líquido no exercício de 2006, uma vez que o ágio amortizado era decorrente de uma

operação simulada. Além disso, discute-se, ainda, formalidades da autuação, a suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário e a impossibilidade de cobrança de juros de mora da Embargante. Nesse caso, o pedido da Embargante se limita ao cancelamento (nulidade ou desconstituição) do auto de infração.

11 Como não poderia deixar de ser, em sua detida análise, o Ilustre Professor Arruda Alvim concluiu pela não ocorrência da concomitância entre o presente processo administrativo e o Mandado de Segurança nº 2006.51.01.490315-5. Confira-se:

"1) O Mandado de Segurança nº 2006.51.490315-5 e os Processos Administrativos nº 11052.000828/2010-59, 11052.000.871/2010-14 e 11052.000.872/2010-69 possuem o mesmo objeto, pedido, ou causa de pedir?

Não.

(...)

A diferença de fundamentos que embasam a ação judicial (declaratória) e a impugnação administrativa (constitutiva negativa) conduz à inarredável conclusão de que os pedidos na esfera administrativa não constam do processo judicial. E a distinção de fundamentos que os embasam evidencia a não identidade entre eles, o que acaba por revelar que ambas as formas de impugnação são efetivamente diferentes na exata medida em que seu objeto (pedido) e seu fundamento (causa de pedir) são diversos." (fls. 31 e 35 do parecer. Grifos nossos)

12 Diante disso, a Embargante tem como demonstrada a omissão incorrida pelo v. acórdão de fls. 1.191/1.196 a respeito das especificidades do caso e da patente inexistência de concomitância entre este feito e o Mandado de Segurança nº 2006.51.01.490315-5.

13. Sendo assim, a Embargante respeitosamente requer o acolhimento e provimento dos presentes embargos de declaração, inclusive com efeitos modificativos, para que, sanada a omissão contida no v. acórdão embargado, seja conhecido, no mérito, o recurso voluntário interposto pela ora Embargante.

14. Ato contínuo, e na confiança de seu direito, a Embargante respeitosamente reitera os termos do seu recurso voluntário de fls. 1.133/1.178 como se aqui estivesse transcrito tudo o que lá consta, bem como requer que seja dado integral provimento ao seu apelo com o cancelamento da autuação fiscal lavrada contra a Embargante.

Da análise das razões ofertadas pela recorrente, verifica-se que, para esta, a condição à concomitância seria a identidade entre partes, causa de pedir e pedido. Nessa linha, defende que o pedido efetuado nos processos administrativo e judicial não teriam essa qualidade, posto que no primeiro, a sua natureza é constitutiva, enquanto no segundo, declaratória.

Percebe-se, assim, que a omissão no acórdão, apontada pela recorrente, é indireta, consequência da decisão de impossibilidade de análise do mérito, por força de determinação regimental (concomitância).

Nesse passo, entendo, não está presente a condição imposta no art.65, Anexo II, do Regimento do CARF, na medida em que o v. acórdão embargado não é omisso, na medida em que enfrentou causa prejudicial existente no processo.

E, indo além, as condições à concomitância, estipuladas pela recorrente, não são as mesmas impostas pelo CARF, *i.é.*, a natureza do pedido.

Para este Órgão de jurisdição administrativa, basta a existência, em mesmo lapso temporal, de processos administrativo e judicial que discutam a mesmo objeto:

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.

O objeto, conforme lições de Sydnei Sanches (SANCHES, Sydney. *Objeto do Processo e Objeto Litigioso do Processo*. Porto Alegre: Revista Ajuris, nº 16, 1979), consiste: "por objeto do processo, em seu aspecto global de instrumento institucional de jurisdição, é toda matéria que nele deva ser apreciada pelo juiz, seja em termos de simples *cognitio*, seja em termos de *judicium*, envolvendo, pois os pressupostos processuais, as chamadas condições da ação e o próprio mérito; quanto a este examinará também a defesa do réu e do reconvindo, do chamado ao processo e do litisdenunciado (inclusive questões prévias);"

Como se verifica do recurso voluntário interposto pela recorrente, fls. 1138, a condição exigida pelo CARF está satisfeita, pois denuncia que o objeto de ambos os processos são idênticos:

14. Na ocasião, a D. Fiscalização da Receita Federal adotou o entendimento de que a FICAP teria reduzido indevidamente o Lucro Líquido nos anos-calendário de 2001 a 2005, em virtude da exclusão, não autorizada pela legislação, de valores referentes a amortizações de ágio. Importa notar que, atualmente, o Processo Administrativo Fiscal nº 18471.000656/2006-45 encontra-se pendente de julgamento perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF").

15. Em razão de possuir direito líquido e certo à redução do lucro líquido, no ano-calendário de 2006 e seguintes, em virtude de a exclusão dos valores referentes às amortizações do ágio, com fundamento na perspectiva de rentabilidade futura, encontrar-se expressamente autorizada na legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica ("IRPJ") e da Contribuição Social

sobre o Lucro Líquido ("CSLL"), a FICAP ajuizou Mandado de Segurança distribuído sob o nº 2006.51.01.490315-5.

16. Com vistas a se proteger contra a lavratura de novos autos de infração por parte das Autoridades Tributárias Federais, a FICAP efetuou nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.51.01.490315-5 o depósito judicial do montante integral não recolhido, a título de IRPJ e de CSLL, em virtude da exclusão dos valores referentes às amortizações do ágio do lucro líquido do ano-calendário de 2006 e seguintes, suspendendo a exigibilidade de qualquer pretensão crédito tributário, nos exatos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional. – Destacamos.

Nesse passo, está correto o v. acórdão embargado, no que tange ao reconhecimento da concomitância e à sua extensão.

Em decorrência, recebo os embargos de declaração interpostos, para negar-lhes provimento, em decorrência da ausência do preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Assinado digitalmente

Fábio Nieves Barreira- Relator