



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

Processo nº 13807.004628/1999-45
Recurso nº Recurso Voluntário
Acórdão nº 1103-00.306 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de novembro de 2010
Matéria IRPJ/CSLL - CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO JUDICIAL
Recorrente BUENINVEST REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA. (sucessora de BUENAVENTURA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA).
Recorrida FAZENDA NACIONAL

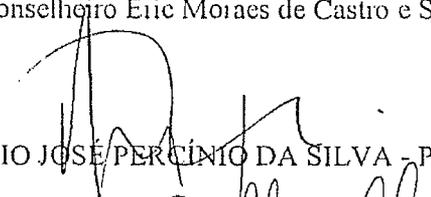
Assunto: Omissão de tributação de ganhos de capital – IRPJ/CSLL

Ano-calendário: 1995

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. PROCESSO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA COM RECURSO ADMINISTRATIVO. A propositura, pelo contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda Nacional, por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, importa em renúncia ao julgamento administrativo da matéria em vista do princípio da unicidade de jurisdição, que faz prevalecer a decisão tomada pelo Poder Judiciário e torna ineficaz o decidido pelo órgão administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Declarou-se impedido o conselheiro Eric Moraes de Castro e Silva.


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente


GERVÁSIO NICOLAU RECKTENVALD - Relator

EDITADO EM: 15 DEZ 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva (Presidente da Turma), Marcos Shigueo Takata, Eric Moraes de Castro e Silva, Hugo Correa Sotero, Mário Sérgio Fernandes Barroso e Gervásio Nicolau Recktenvald.



Relatório

A empresa BUENINVEST REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA., CNPJ nº 62.370.028/0001-78, sucessora de BUENAVENTURA REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA., CNPJ nº 61.645.040/0001-85, veio perante este Conselho para, através de recurso voluntário, demonstrar sua não conformidade com o decidido pela 4ª Turma da DRJ de São Paulo, que (a) não conheceu a impugnação quanto à matéria já levada pela interessada para deslinde perante o Poder Judiciário e (b) exonerou a multa de ofício em virtude de o fato autuado estar amparado, por ocasião do lançamento, por decisão judicial

Detalhando a controvérsia, vê-se que a matéria objeto do presente processo administrativo decorreu de um procedimento fiscal externo, que resultou na lavratura de um auto de infração (fl. 50) notificado à contribuinte em 29/04/1999, com exigência de IRPJ/CSLL calculada sobre um ganho de capital, no valor de R\$ 274.097,64, relativo a resultado positivo na alienação de "*Investimento em Sociedade Coligada ou Controlada Avaliado pelo Patrimônio Líquido*" na empresa BANCOCIDADE DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. (fl. 51).

Notificada do processo, tempestivamente, em 28/05/1999, a interessada impugnou o lançamento (fl. 57).

Para delinear o controvertido, inicialmente, informou não ser litigiosa a exigência concernente ao IRPJ. Reconheceu ser efetiva a omissão de tributação sobre o aludido rendimento e informou que o IRPJ correspondente foi recolhido no prazo de impugnação, com a redução da multa de ofício. Ainda, e para comprovar o afirmado, anexou o DARF comprobatório da quitação do IRPJ.

De outra parte, no que tange à exigência de CSLL, alegou "*que a exigibilidade desta obrigação tributária encontrava-se suspensa para este contribuinte, em virtude do AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 96.03 028514-5, concedido pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região*"

Acrescentou que a referida suspensão encontrava-se em plena vigência, e assim permaneceria até que fosse dada solução definitiva, com decisão transitada em julgado, nos autos da Ação Ordinária nº 96 0011554-0, onde discutia a inconstitucionalidade das leis relacionadas à CSLL.

Por fim, sem qualquer outra argumentação, pede a desconstituição do Auto de Infração.

Encaminhado o processo à DRJ/SP, a impugnação foi julgada em Primeiro Grau administrativo, conforme exposto no acórdão nº 8.791, de 09 de fevereiro de 2006 (fl. 147). Em síntese, a Turma Julgadora não conheceu a impugnação quanto à matéria levada ao Poder Judiciário e exonerou a multa de ofício, por constatado, posteriormente ao lançamento, ter sido indevida a exigência da multa, em virtude de estar o procedimento do contribuinte amparado por decisão judicial.



Notificada do acórdão em 11/04/2008, e inconformada com o decidido, a interessada interpôs recurso voluntário (fl. 171), alegando, em síntese, o que segue:

- que as ações judiciais, tanto a Medida Cautelar nº 96.0008098-4 quanto a Ação Ordinária nº 96.0011554-0, foram julgadas improcedentes em 15/06/2000, contra as quais apelou, estando pendentes de julgamento esses recursos;

- que não renunciou à esfera administrativa, conforme entendeu o acórdão recorrido, pois as medidas judiciais foram interpostas antes da lavratura do auto de infração;

- que o auto de infração não é instrumento adequado para formalizar lançamento de crédito tributário que se encontra com a exigibilidade suspensa, como é o caso da CSLL constituída nos presentes autos;

- que a recorrente não incidiu em qualquer falta que desse ensejo ao lançamento via auto de infração, nos termos dos artigos 9º e 10 do Decreto nº 70.235/72 (na redação da Lei nº 8.748/93);

- que, segundo aqueles artigos, quando não haveria infrações, a constituição do crédito se daria pela notificação de lançamento;

- que, em vista do art. 195, I, da Constituição Federal, não é possível a incidência da Contribuição Social sobre o Lucro de sociedade que não possui empregado;

- que não são exigíveis os juros de mora, tendo em vista que o crédito tributário da CSLL se encontra "*sub-judice*";

- que, mesmo que devidos juros, a taxa Selic seria inaplicável;

- por fim, pede a reforma parcial da decisão recorrida, na parte mantida, e o cancelamento das exigências fiscais.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Gervásio Nicolau Recktenvald,

O recurso voluntário interposto é tempestivo e reúne os demais pressupostos de admissibilidade.

Conforme relatado, a exigência fiscal constituída neste processo, na parte controversa (CSLL), está sendo discutida e decidida perante o Poder Judiciário.

Diante disso, nada mais há para deliberar na instância administrativa, conforme, aliás, acertadamente, já decidiu o acórdão recorrido.

Nesse contexto, segundo entendimento há tempos pacificado na jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, cuja matéria inclusive encontra-se sumulada, a interposição, antes ou depois da autuação fiscal, de ação judicial para discutir a matéria objeto do lançamento fiscal, implica renúncia à discussão administrativa.

Por pertinente, transcreve-se a Súmula CARF nº 1 (Portaria CARF nº 106, de 21 de dezembro de 2009):

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositiva 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.

Ainda, convém lembrar que “as súmulas aprovadas pelo Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF”, conforme dispõe o art. 72, § 4º, do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

Em complemento, cabe destacar que a recorrente afirmou, expressamente, por sua impugnação, “reconhecer que, de fato, deixou de tributar o referido deságio no investimento da empresa acima” (fl. 57), tanto é que recolheu o imposto sobre a renda autuado, calculado sobre aquela base, no prazo de impugnação.

Mesmo assim, conforme relatado, a recorrente apresentou diversas novas arguições neste recurso voluntário, que, unicamente por amor ao debate, serão sucintamente comentadas.

Nesses termos, inicialmente, é necessário deixar claro que as alegações apresentadas no recurso voluntário, mesmo que, por hipótese, não se fizesse presente a renúncia à instância administrativa acima aludida, ainda assim não poderiam ser conhecidas, por preclusas, pois não foram alegadas na peça impugnatória.



Feitas essas considerações, passa-se ao desenvolvimento de uma superficial análise dos novos argumentos trazidos no recurso voluntário.

No que concerne ao pleito de que “o auto de infração não seria instrumento adequado para formalizar o lançamento de crédito tributário que se encontra com a exigibilidade suspensa” (fl. 181), entendimento que justifica no fato de “não ter incidido em qualquer falta que desse ensejo ao lançamento via auto de infração” (fl. 181), a partir do que concluiu que “a constituição do crédito deveria se dar pela notificação de lançamento”, é um entendimento que não tem aparo legal.

Segundo dispõe o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 7.689/1998 “aplicam-se à contribuição social, no que couber, as disposições da legislação do imposto de renda referente à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo”.

Então, quanto ao lançamento, o art. 841 do RIR/99 (Decreto 3.000/99), determina:

Art. 841. O lançamento será efetuado de ofício quando o sujeito passivo (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 77, Lei nº 2.862, de 1956, art. 28, Lei nº 5.172, de 1966, art. 149, Lei nº 8.541, de 1992, art. 40, Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, Lei nº 9.317, de 1996, art. 18, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 42)

[.]

III – fizer declaração inexata, considerando como tal a que contiver ou omitir, inclusive em relação aos incentivos fiscais, qualquer elemento que implique redução do imposto a pagar ou restituição indevida;

[.]

VI – omitir receitas ou rendimentos

Portanto, o lançamento da CSLL, por auto de infração, está plenamente justificado e legalmente embasado.

Por outro lado, especificamente quanto à lavratura de Auto de Infração, o art. 926, também do RIR/99, determina:

Art. 926 Sempre que apurarem infração às disposições deste Decreto, inclusive pela verificação de omissão de valores na declaração de bens, os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto nº 70.231, de 6 de março de 1972, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Processo Administrativo Fiscal

No caso, nos termos do art. 10 do PAF, o Auditor-Fiscal, um servidor competente para tal, por procedimento de fiscalização externa, lavrou o auto de infração no local da verificação da falta, no qual fez constar todas as informações exigidas por aquele artigo 10, cumprindo, assim, também, as exigências do art. 142, do CTN.



Portanto, quando o procedimento, como no caso, decorre de auditoria fiscal externa, procedida no estabelecimento do contribuinte, eventuais exigências, acompanhadas ou desacompanhadas de multa de ofício, devem ser formalizadas através de auto de infração.

De outra parte, a *notificação de lançamento*, que no entender da recorrente deveria ter sido adotada na situação em foco, é apropriada para a constituição de exigências decorrentes de revisão interna da declaração, isto é, quando a infração à legislação tributária for constatada exclusivamente por meio de informações constantes das bases de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (IN 958/2009).

Porém, mesmo a revisão interna da declaração pode redundar em lançamento por auto de infração. Isso ocorre quando a revisão interna identifica indícios de infração, mas os dados disponíveis na SRF são insuficientes para estribar o lançamento. Nesses casos, o auditor-fiscal intima o contribuinte para apresentar, na repartição, os documentos e/ou esclarecimentos pertinentes. Assim, se da análise das informações e esclarecimentos prestados resultar exigência tributária, esta será formalizada por Auto de Infração, ainda que o procedimento tenha decorrido de revisão interna (IN 958/2009).

Ademais, conforme jurisprudência deste Conselho de Contribuintes, mesmo que o lançamento tivesse sido procedido por auto de infração, quando “poderia” ter sido formalizado por notificação de lançamento, ainda assim não ficaria invalidada a constituição da exigência:

ALEGAÇÃO DE MEIO INADEQUADO NA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE DO ATO – IMPROCEDÊNCIA A teor do art. 142 do CTN, compete à autoridade administrativa, pela via do lançamento, constituir o crédito tributário. Rótulos dados pela legislação ordinária para a formalização do crédito tributário – auto de infração ou notificação de lançamento -, naturalmente não têm o condão, por si só, de validar ou invalidar o crédito tributário formalizado pela autoridade administrativa regularmente investida no cargo. (1º Conselho de Contribuintes / 7ª Câmara/ Acórdão 107-09.090 em 14.06.2007. Publicado no DOU em 31.01.2008).

Outra arguição de defesa, que aqui também é abordada apenas em respeito ao debate, versa acerca da alegação de que, em vista do disposto no art. 195, I, da Constituição Federal, seria impossível a incidência da Contribuição Social sobre o Lucro de sociedade que não possui empregado.

Aliás, cabe salientar que esse tema é o objeto do Agravo nº 96.03 028514-5 (fl. 69), interposto pela recorrente.

Entretanto, essa controvérsia está há tempos superada por reiteradas decisões do Poder Judiciário, a exemplo do REsp 625589, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REsp 625589 RS 2003/0230906-8 (STJ)
CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.
COFINS ALTERAÇÃO DA ALÍQUOTA. LEI Nº 9.718/98
SUJEITO PASSIVO. EMPRESA QUE NÃO POSSUI
EMPREGADOS. CARACTERIZAÇÃO COMO



**EMPREGADORA INTERPRETAÇÃO À LUZ DOS ARTS 194
E 195 DA CF/88. VIOLAÇÃO AO ART 535 DO CPC
INOCORRÊNCIA**

I - O Tribunal a quo realizou a prestação jurisdicional invocada, pronunciando-se sobre os temas propostos, tecendo considerações acerca da demanda, tendo se pronunciado acerca da possibilidade da inclusão como sujeito passivo da COFINS de empresa que não possua empregados e a respeito da constitucionalidade da alteração da alíquota da referida contribuição por meio da Lei nº 9.718/98.

II - À luz da interpretação dos arts. 194 e 195 da CF/88 e em atendimento aos princípios da isonomia e da justiça social, assim como da universalidade, da equidade e da solidariedade social, é cabível a cobrança da COFINS das "pessoas jurídicas de direito privado", nos moldes do art. 2º da Lei nº 9.718/98.

III - Deve se considerar como empregadores mesmo as empresas que não tenham empregados, mas que passam, eventualmente, empregar. O fato de a empresa não possuir empregados é uma escolha sua, o que não impede a incidência da COFINS, mesmo porque, ainda assim, a exigência da contribuição é sobre o faturamento e não sobre a folha de salários

IV - Por meio da EC nº 20/98, foi modificado o texto do art 195 da Carta Magna, acrescentando à figura do empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada, o que reforça a vontade do legislador em instituir o fomento da seguridade social de todas as empresas, indistintamente

V - Recurso especial improvido

Assim, mesmo que as normas regimentais permitissem aos “membros das turmas de julgamento do CARF afastar aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade” (art. 62, caput, do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 – Regimento Interno do CARF), ainda assim o pleito não poderia ser atendido, por insubsistente.

Por fim, apesar da renúncia ao processo administrativo, da preclusão e da impossibilidade, em vista das normas regimentais vedarem “aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade” (art. 62, caput, do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 – Regimento Interno do CARF), ainda assim, por amor ao debate, é de comentar a alegação da litigante, por seu recurso voluntário, de que “são inexigíveis os juros de mora, tendo em vista que o crédito tributário da CSLL encontra-se sub-judice” e que, mesmo que devidos juros, a taxa Selic seria inaplicável”.

Quanto a isso, segundo o disposto no art. 953, do RIR/99, que trata de fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1995, os créditos tributários da União não pagos até a data do vencimento serão acrescidos de juros de mora equivalente à variação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC. Ainda segundo o mencionado artigo, os juros de mora são devidos, inclusive durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial. A única ressalva é a contida no § 4º do art. 953: “somente o depósito em dinheiro, na Caixa Econômica



Federal, faz cessar a responsabilidade pelos juros de mora devidos no curso da execução judicial para a cobrança da dívida ativa". Portanto, também esse pleito não tem como prosperar.

Aliás, a matéria inclusive encontra-se sumulada – Súmula nº 5 – do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, cujo enunciado diz:

Enunciado nº 5 – 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.

Por fim, sobre pretensa inaplicabilidade da taxa Selic, é de referir que o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento quanto à legalidade da Taxa Selic nos casos de mora no pagamento de tributos federais. E nesse passo, o antigo Primeiro Conselho de Contribuintes sumulou a matéria, sintetizada no seguinte enunciado:

Enunciado nº 4 – A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrativos pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial e Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais

Ante o exposto, NEGOU provimento ao recurso voluntário, em face da renúncia à esfera administrativa por concomitância de discussão judicial e administrativa.


GERVÁSIO NICOLAU RECKTENVALD