



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

Processo n° 16682.721224/2012-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-002.469 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de agosto de 2014
Matéria IRRF
Recorrente RAIZEN COMBUSTÍVEIS S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2009, 2010, 2011, 2012

Ementa:

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Comprovada a regularidade do procedimento fiscal, fundamentalmente porque atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, bem como os requisitos do art. 10 do Decreto n° 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SÚMULA CARF N° 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”.

EXTINÇÃO DE PROCESSO JUDICIAL SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. IRRELEVÂNCIA.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade. Por maioria de votos, não conhecer do recurso, na parte concomitante com ação judicial e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Vencido o Conselheiro GUSTAVO LIAN HADDAD, que deu provimento ao recurso quanto à ausência de concomitância, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância. Fizeram sustentação oral pelo Contribuinte o Dr. Donovan Mazza Lessa, OAB/RJ 121.282, e pela Fazenda Nacional o Dr. Moisés de Sousa Carvalho Pereira.

Assinado Digitalmente

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Presidente.

Assinado Digitalmente

EDUARDO TADEU FARAH - Relator.

EDITADO EM: 08/09/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO (Presidente), EDUARDO TADEU FARAH, GUSTAVO LIAN HADDAD, GUILHERME BARRANCO DE SOUZA (Suplente convocado), FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA e NATHALIA MESQUITA CEIA.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração relativo ao Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), anos-calendário de 2008, 2009, 2010 e 2011, no valor de R\$ 230.711.026,34, incidente sobre Royalties e Pagamentos de Assistência Técnica de Residentes ou Domiciliados no Exterior (fls. 3149/3160). A autoridade recorrida consignou em seu relatório o seguinte, *verbis*:

... a interessada propôs “diversas ações judiciais específicas para não recolhimento de CIDE e IRRF incidentes sobre remessas ao exterior em razão de contratos firmados com empresas estrangeiras”, e, ainda, que a auditoria se restringiu “à regularidade na apuração e recolhimento da CIDE e da IRRF incidentes sobre as remessas ao exterior efetuadas em virtude de contrato firmado com a SHELL INTERNATIONAL EXPLORATION AND PRODUCTION BV – de tradução juramentada nº 4203, às fls.2849/2873 -, haja vista que, em relação a este contrato foi verificada a ausência de declaração de débitos em DCTF, apesar da existência de depósitos judiciais”.

5 O autuante afirma que todas as medidas judiciais “mantêm até o presente momento decisão desfavorável à contribuinte” (fls.3164), bem como, que, “para os valores de IRRF, a contribuinte não informou a existência de nenhum depósito judicial” (fls.3176), tampouco que possuía “alguma medida judicial ou qualquer outra prevista na legislação, favorável à contribuinte, válida e vigente, que pudesse prejudicar eventual lançamento de ofício referente ao IRRF, apresentando apenas

alegações de direito no sentido de que não estariam sujeitas ao IRRF as referidas remessas ao exterior” (fls.3176).

6 *De acordo com o TVF, o IRRF trata “especificamente do contrato assinado com a Shell International Exploration And Production BV (já referido em nosso item 4), e cujo objeto “é o fornecimento de orientação profissional e de serviços relativos às atividades de exploração e produção da fiscalizada, englobando as seguintes atividades” (fls.3166):*

(...)

Segundo o TVF, a interessada alegou que as sobreditas operações se enquadravam como serviços técnicos sem transferência de tecnologia e, que tais operações “não estariam sujeitas à tributação do IRRF em razão do art.7º do Tratado com a Holanda” (fls.3166).

8 *A fiscalização afirma que o Ato Declaratório Normativo Cosit n.001/2000 dirimiu dúvidas e definiu que “nessas convenções, as remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados”, e estão regulamentadas em artigo próprio, que “permite expressamente a sua tributação no Brasil” (fls.3167/3168).*

9 *A fiscalização informa que “a contribuinte apresentou cópia de petição em que desiste do recurso especial e extraordinário no processo no. 2003.51.01.017068-5”.*

Cientificada do lançamento, a interessada apresentou tempestivamente Impugnação, alegando, conforme se extrai do relatório de primeira instância, *verbis*:

- o lançamento é nulo, porque não se baseou em dispositivo legal e “a fiscalização se baseou apenas no Ato Declaratório Normativo Cosit n. 001, não tendo apontado qualquer dispositivo de lei federal”;

- a fiscalização deixa a entender que a impugnante renunciou à discussão administrativa, porém, as três ações judiciais citadas têm objetos distintos do auto de infração;

- o MS 2003.51.01.008148-2, que foi extinto sem julgamento do mérito, apesar de envolver pagamentos à Shell International Exploration and Production BV, discutiu exclusivamente o período de 2003;

- o MS 2006.51.01.012860-8 analisa contrato firmado com empresa diversa da apontada no auto de infração;

- o único processo judicial em que se poderia alegar alguma relação com o presente auto de infração é o MS 2003.51.01.017068-5;

- o MS 2003.51.01.017068-5 foi ajuizado para não incidência de IRRF sobre remessa de valores à Holanda como contraprestação

da prestação de serviços técnicos sem transferência de tecnologia por empresa residente no Brasil, porém, “encerrou-se sem que o seu mérito fosse analisado, uma vez que, repita-se, a segurança foi denegada por ausência de prova pré-constituída”;

- “não tendo tido o mérito apreciado na esfera judicial, não há que se falar em renúncia à esfera administrativa”;

- “a impugnante optou por desistir dos embargos de declaração e dos recursos especial e extraordinário, de modo que a referida decisão transitou em julgado”;

- “a única razão para se evitar que a mesma questão seja tratada na esfera administrativa e na esfera judicial é evitar decisões conflitantes, o que perde totalmente o sentido, já que a matéria sequer foi apreciada pelo poder judiciário”;

- “a própria lei autoriza a impetração de novo mandado de segurança para rediscutir a questão”;

- a regra de tributação do art.685 do RIR/1999 é afastada pela regra especial prevista em Convenção assinada pelo Brasil e pela Holanda, que estabelece, caso a caso, a quem caberá a tributação;

- os pagamentos efetuados só podem ser enquadrados como lucros da empresa ou como outros rendimentos;

- o melhor enquadramento é como lucro da empresa, sendo da Holanda a competência para a tributação do rendimento;

- “o art.7º. da convenção celebrada entre o Brasil e os Países Baixos, determina que os lucros das empresas serão tributados pelo estado de residência do beneficiário”;

- “a receita operacional é parcela indissolúvel do lucro e a remuneração pelos serviços prestados é a receita operacional da impugnante, que constitui parcela indissolúvel do lucro apurado ao final do exercício fiscal”;

- “resta claro que os pagamentos realizados à empresa holandesa devem ser classificados como lucros da empresa, o que impede a incidência de IRRF”;

- “está claro que os pagamentos efetuados pela prestação de serviços não podem ser considerados em nenhuma hipótese “outros rendimentos”;

- a Shell International Exploration and Production BV não tem CNPJ nem estabelecimento no Brasil;

- no momento do pagamento, não há como saber se a beneficiária auferirá lucro no final do exercício, mas tal não é impedimento para o enquadramento dos pagamentos por serviços no art.7º. da Convenção, “até porque é inequívoco que eventual lucro será mensurado apenas no país de residência (Holanda) e ao final do exercício fiscal”;

- “a exegese do fisco esvaziaria o sentido da convenção”;

- “a única exegese possível para o art. 7º da convenção é a que considera lucro das empresas todos os rendimentos destinados à formação do lucro no país de sua residência”;

- “a 2ª Turma do STJ confirmou o entendimento do TRF 4 de que os valores remetidos ao exterior como pagamento pela prestação de serviços sem transferência de tecnologia devem ser tributados no país de residência do prestador de serviços, não se sujeitando ao IRRF”.

No julgamento singular a 3ª Turma da DRJ – Rio de Janeiro/RJ1 rejeitou a preliminar de nulidade e, em face de o interessado ter ajuizado ação com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal, manteve integralmente o crédito tributário, conforme se infere das ementas do julgado:

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não provada violação às disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional, tampouco às dos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, rejeita-se a alegação de nulidade.

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL. EFEITOS.

As decisões judiciais só fazem coisa julgada às partes, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

CONCOMITÂNCIA. PROCESSO JUDICIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IDENTIDADE DE OBJETO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REMESSAS AO EXTERIOR. INCIDÊNCIA DE IRRF.

A propositura de ação judicial, antes ou após a lavratura do auto de infração, com o mesmo objeto, impede o julgamento na esfera administrativa das razões de mérito já submetidas ao Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimada da decisão de primeira instância em 08/07/2013 (fl. 1029), a autuada apresenta Recurso Voluntário em 02/08/2013 (fls. 1031/1058), sustentando, essencialmente, os mesmos argumentos defendidos em sua Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Tadeu Farah

O recurso é tempestivo e reúne os requisitos de admissibilidade.

Cuida o presente processo de exigência fiscal relativa ao Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), incidente sobre Royalties e Pagamentos de Assistência Técnica de Residentes ou Domiciliados no Exterior (fls. 837/842).

Em seu apelo, alega a recorrente, preliminarmente, nulidade do lançamento, pois, diferentemente do que entende a DRJ, não renunciou à esfera administrativa, já que a única ação que possuía o mesmo objeto do presente auto de infração não teve seu mérito apreciado. Assevera ainda que o auto de infração é nulo por ausência de fundamentação legal, já que o lançamento se baseou em um ato administrativo e não em lei. No mérito, afirma que a autuação é totalmente indevida, pois sobre a remessa de valores para a Holanda a título de pagamento por serviços técnicos especializados, sem transferência de tecnologia, não incide IRRF.

Pois bem, no que tange à preliminar de nulidade suscitada, relativamente à ausência de fundamentação legal, compulsando-se o Auto de infração, mais precisamente o “Enquadramento Legal”, fl. 3154, verifica-se que a autoridade fiscal indicou precisamente os dispositivos legais infringidos, são eles: arts. 682, 685, 708 e 710 do RIR/1999. A alegação de que a autoridade fiscal baseou-se exclusivamente em diplomas infralegais para constituir a exigência, não socorre à recorrente. Em verdade, o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 001, de 5 de janeiro de 2000, apenas declarou e/ou explicitou a norma jurídica aplicada à espécie. Com efeito, compete a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB interpretar e aplicar a legislação tributária, editando os atos normativos e as instruções necessárias à execução dos trabalhos fiscais.

Dessarte, comprovada a regularidade do procedimento fiscal, fundamentalmente porque atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, bem como os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

Quanto à questão envolvendo a concomitância entre o objeto da discussão administrativa e o da lide judicial, verifica-se que a contribuinte interpôs várias ações judiciais, a saber: MS nº 2006.51.01.012860-8 (fls. 255/324); MS 2002-5101014765-8 (fls. 49/95); MS 2003.5101008148-2 (fls. 96/111) e MS 2003.51.01.017068-5 (fls. 125/221). Nesse passo, analisando detidamente as ações impetradas pela autuada, verifica-se que a única ação que possuía o mesmo objeto do presente auto de infração foi o MS 2003.51.01.017068-5 (fls.125/221). No citado MS alega a contribuinte que o contrato firmado em 09/08/2000 com a Shell International Exploration and Production B.V foi objeto do MS 2003.51.01.008148-2, mas que, em razão de ter sido extinto sem o julgamento do mérito, estava sendo forçada a mover novo MS (fls. 127/128). A autoridade recorrida resumiu o pedido do MS ajuizado em julho de 2003 (fls. 140/141):

a) a inexigibilidade do IRRF de que trata o art.7º da Lei nº 9.779, de 1999, regulamentado no art.685, inciso II, alínea “a”, do RIR/1999, sobre todos os pagamentos – vencidos e vincendos - a serem realizados ao abrigo de contratos de prestação de serviços celebrados com residentes na Holanda;

b) a não aplicação do Ato Declaratório Normativo nº 01/2000;

c) a não aplicação do art.7º da Lei nº 9.779, de 1999, sobre todos os pagamentos em face de contratos de prestação de serviços realizados com empresas residentes no exterior.

A 17ª Vara Federal analisou o pedido da contribuinte e proferiu sentença em 13/02/2004, determinando que a autoridade impetrada se abstinhasse de exigir IRRF, relativamente a pagamentos decorrentes de contratos firmados, entre outras, com a empresa

Shell International Exploration and Production BV, referentes a serviços prestados a partir de 23/07/2003 (fls. 142/148). Ressalte-se que a decisão prolatada em 13/04/2004, limitava aos contratos com os quais a petição inicial houvera sido instruída, bem como não alcançava os fatos geradores anteriores à impetração.

Por sua vez, a União interpôs apelação sustentando que os rendimentos decorrentes da prestação de serviços técnicos profissionais sem transferência de tecnologia, a que o contrato se refere, devem ser tributados na fonte, pois tais rendimentos não são classificados como lucros (fls. 150/151). Da decisão supra, a interessada também interpôs Apelação.

Posteriormente, a 4ª Turma do TRF da 2ª. Região negou provimento à Apelação da contribuinte e deu provimento à Apelação da União (fls.176). Ato contínuo, ingressou a interessada, em outubro de 2011, com Medida Cautelar, fls. 187/221, com o objetivo de conferir efeito suspensivo a recursos especial e extraordinário, que seriam ainda interpostos contra o acórdão proferido no recurso de apelação. Conforme bem pontuado pela autoridade recorrida, a autuada propôs a Medida Cautelar “a partir da prolação do v.acórdão no âmbito do recurso de apelação no. 0017068-86.2003.4.02.5101, a Requerente deixou de estar amparada pela medida liminar e sentença de procedência proferidas pelo MM. Juízo de primeiro grau, restando exigível o IRRF discutido na hipótese”.

A Medida Cautelar proposta pela interessada foi indeferida, conforme decisão TRF-2ª Região, em 15/02/2012, fls. 223/225, como também os Embargos de Declaração, consoante se observa da decisão do TRF 2ª Região, em 01/03/2012, fls. 226/230. Contra a citada decisão, a interessada ajuizou Agravo, fls. 231/254. Posteriormente, a contribuinte solicita desistência dos Recursos Especial e Extraordinário interpostos em 19/12/2012.

Assim, em que pese alegue a contribuinte que não ocorreu renúncia à esfera administrativa, já que a única ação que possuía o mesmo objeto do presente auto de infração não teve seu mérito apreciado, ante a ausência de prova pré-constituída, verifica-se que a desistência dos Recursos (Especial e Extraordinário), na forma do art. 501 do CPC, bem como a rejeição dos Embargos de Declaração, fez com que transitasse em julgado à Apelação interposta pela União.

De qualquer forma, penso que restou configurada a concomitância entre o processo judicial e o administrativo, pois a opção da contribuinte pela via judiciária, para a discussão de matéria tributária com idêntico pedido na instância administrativa, implicou renúncia ao poder de recorrer nesta instância, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980; art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979; art. 26 da Portaria MF nº 341/2011 e item “a” do Ato Declaratório Normativo nº 03/1996. Com efeito, a renúncia à instância administrativa se dá no momento da propositura da ação judicial, antes ou depois do lançamento de ofício, de modo que qualquer direito pleiteado em juízo deve ser reconhecido nessa esfera de atuação. Essa questão, inclusive, já foi objeto de Súmula deste Conselho e que não deixa margem a dúvidas sobre a questão:

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.

Portanto, a Súmula nº 1 do CARF é extremamente clara quando dispõe que importa renúncia às instâncias administrativas a propositura de ação judicial, pois efetivamente essa foi a opção da contribuinte. Nesse caso, é irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Ademais, verifica-se que a autuada somente recorreu à via administrativa, após os inúmeros insucessos nas demandas judiciais.

Dessarte, como a matéria foi submetida à apreciação do Poder Judiciário, a contribuinte renunciou à esfera administrativa; resta afastada a competência dos órgãos julgadores administrativos para apreciarem a mesma matéria.

Ante ao exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade. Na parte concomitante com a ação judicial, não conhecer do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente
Eduardo Tadeu Farah