



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 19515.723063/2013-99
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 3301-006.129 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de maio de 2019
Matéria PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Recorrentes DRJ/RIO DE JANEIRO
TIM CELULARES S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

MEDIDA JUDICIAL. VIOLAÇÃO DA REGRA INSCRITA NO ART. 62 DO DECRETO Nº 70.235/1972. INOCORRÊNCIA.

A existência de processo judicial não transitado em julgado, com medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, não impede o lançamento de ofício cuja obrigatoriedade decorre do caráter vinculado do ato administrativo, consoante dispõe o art. 142 do CTN.

Diante da interpretação do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, o art. 62 do Decreto nº 70.235/1972 não veda a formalização do lançamento de débitos com exigibilidade suspensa por medida judicial, limitando-se a proibir-lhe a cobrança enquanto vigorar a ordem de suspensão.

CONCOMITÂNCIA AÇÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO COM O MESMO OBJETO EM DISCUSSÃO. PREVALÊNCIA DA ESFERA JUDICIAL SOBRE A ADMINISTRATIVA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DAS DECISÕES JUDICIAIS. DESISTÊNCIA DA DISCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A existência de ação judicial com o mesmo objeto da discussão na esfera administrativa pressupõe a sua concomitância, tendo como consequência a desistência da discussão na esfera administrativa, por respeito ao Princípio da Supremacia das Decisões Judiciais, estabelecendo a prevalência da esfera judicial sobre a esfera administrativa.

Diante desta concomitância aplica-se ao caso a Súmula CARF nº 1, a qual estabelece que 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

LANÇAMENTO REALIZADO NA VIGÊNCIA DE MEDIDA JUDICIAL.
JUROS DE MORA. INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO EM 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, conforme Súmula CARF nº 5.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, NEGAR provimento ao recurso de ofício, CONHECER PARCIALMENTE o recurso voluntário e, na parte conhecida, NEGAR provimento.

Assinado digitalmente

Winderley Moraes Pereira - Presidente.

Assinado digitalmente

Ari Vendramini - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Salvador Cândido Brandão Junior, Marco Antonio Marinho Nunes, Semíramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Ari Vendramini (Relator)

Relatório

1. Tratam estes autos de auto de infração relativo à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE/REMESSAS (Remessas ao Exterior), sendo a acusação fiscal fundamentada na insuficiência do recolhimento da contribuição incidente sobre valores relativos a remessas ao exterior referentes a fatos geradores ocorridos durante o ano de 2009.

2. O valor da autuação é composta de R\$ 16.250.552,36 de CIDE; R\$ 6.524.907,72 de juros de mora e R\$ 12.187.914,28 de multa de ofício, totalizando R\$ 34.963.374,36.

3. Por bem relatar os fatos, aqui reproduzo o relatório constante do Acórdão DRJ/RIO DE JANEIRO de nº 12-067.793, contra o qual a recorrente se insurge :

Trata o presente processo de Auto de Infração relativo à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE (Remessas ao Exterior), lavrado em 12/12/2013, formalizando crédito tributário no valor total de R\$ 34.963.374,36, sendo R\$ 16.250.552,36 de CIDE, R\$ 6.524.907,72 de juros de mora, e R\$ 12.187.914,28 de multa de ofício (calculados até a data da lavratura), em virtude de insuficiência de recolhimento da contribuição incidente sobre remessa de valores ao exterior referente a fatos geradores ocorridos no ano de 2009 (fls 04-11)

No curso da fiscalização o contribuinte foi intimado a apresentar DIRF, DIPJ, Livro Diário e Razão, DRE, planilha demonstrativa dos valores remetidos ao exterior, cópia dos contratos de câmbio, dentre outros documentos (fls. 14-18, 190-205). Solicitou-se ainda que o interessado informasse sobre a existência de ações judiciais impetradas que questionassem a exigibilidade da contribuição objeto da ação fiscal, apresentando, em caso afirmativo, cópias das petições, recursos e decisões proferidas, bem como certidões de objeto e pé destes processos. O contribuinte cumpriu as intimações apresentando os documentos e prestando as informações solicitadas (fls. 150-886).

Comunicou que já foi autuado em matéria semelhante ao objeto fiscalizado, através dos processos nº 16561-720.010/2012-91 e 16561-720.011/2012-36, informando que os mesmos estão em discussão na esfera administrativa.

Quanto a ações judiciais existentes, informou que (fl. 161):

No ano de 2009 a TIM CELULAR S/A ajuizou Mandado de Segurança perante a 15ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo (MS 0006526-79.2009.4.03.6100) com o seguinte objeto: não ser compelida ao recolhimento de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os valores remetidos ao exterior referentes às ligações internacionais que utilizam redes de telefonia internacionais. A referida ação, portanto pretendia afastar a exigência de tributos (em seu conceito lato sensu) incidentes nas operações de remessas ao exterior para pagamento de roaming internacional em favor da Telecom Itália, posto que o fundamento da não incidência de tributos é que o Tratado de Melbourne foi devidamente incorporado pela legislação interna e que o mens legis desse ato normativo afastava a exigência in casu de qualquer tributo, conforme trataremos de forma mais detalhada no item 8 do presente termo de atendimento.

O referido tratado prevê a não incidência de tributos nas remessas efetuadas ao exterior para remunerar os serviços internacionais de telecomunicação, como no caso dos pagamentos a título de Roaming Internacional, devendo essas operações sofrerem tributação apenas sobre o valor da cobrança feita ao usuário do serviço.

A presente ação teve o deferimento de liminar em julho de 2009 que determinou à autoridade coatora a abstenção da exigência de imposto de renda retido na fonte nas remessas feitas pela impetrante em favor da Telecom Itália, em função da prestação de serviços de telecomunicação internacional. Posteriormente, o juízo de primeira instância julgou a ação procedente, concedendo a segurança e confirmando o teor da decisão liminar. Essa decisão foi publicada no Diário Eletrônico em 20/10/2011, pag 116/156.

Em face da sentença a União Federal interpôs Apelação, a qual está tramitando perante a Quarta Turma do Tribunal Federal Regional da 3 Região. Atualmente o processo encontra-se

concluso ao Desembargador Relator aguardo julgamento. Assim, acompanham o presente termo de atendimento cópias da Inicial do Mandado de Segurança, Emenda à inicial, concessão da Liminar, sentença de 1ª instância e certidão de objeto e pé, confirmando os efeitos da decisão já proferida.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 114-136, a autoridade tributária explicou que em análise aos contratos de câmbio apresentados, aferiu que parte destas remessas era a título de ROAMING INTERNACIONAL referente a pagamentos por SERVIÇOS TÉCNICOS DE TELECOMUNICAÇÕES, em especial ao tráfego sainte, pagamentos às operadoras proprietárias das redes de comunicação usadas nas chamadas realizadas pelos clientes do contribuinte ora sob ação fiscal com destino a pessoas localizadas no Exterior.

Esclareceu ainda o conceito e abrangência de ROAMING INTERNACIONAL, conforme segue:

O Roaming internacional vem a ser a capacidade de um terminal móvel continuar funcionando em redes compatíveis, mesmo que fora do país no qual foi adquirido e registrado. O celular utiliza a rede do país visitado para trafegar suas informações. É necessário que exista um acordo de ROAMING entre a operadora padrão e a operadora do país visitado. O Roaming internacional é negociado entre operadores livremente, sendo princípios básicos: -as tarifas de uso são as do operador visitado, -o operador de origem cobra dos serviços do cliente e repassa os valores devidos à operadora visitada. Os contratos de Roaming Internacional são assim definidos: "Tráfego Sainte" (internacional): definido como sendo a comunicação entre os clientes do fiscalizado e os destinatários das chamadas, quando as chamadas são iniciadas no Brasil com destino a pessoas localizadas no exterior. Inversamente, as ligações iniciadas no exterior com destino ao Brasil são denominadas "Tráfego Entrante" (internacional)".

Em seguida, citou entendimento da PGFN (Parecer AGU/SF/01/2000), Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 25/2004 e decisão do CARF no processo nº 18471.001788/2006-94, ambos no sentido de que as disposições do Regulamento de Melbourne, trazida no Tratado de Melbourne, celebrado em 09 de dezembro de 1988, não foram legitimamente incorporadas ao Direito Brasileiro, não tendo eficácia no País no tocante ao Imposto sobre a Renda e à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) incidentes sobre as remessas efetuadas por empresas de telecomunicações pela prestação de serviços técnicos realizados em chamadas de longa distância internacional, iniciadas no País, ou em chamadas de longa distância nacional, em circunstâncias em que haja a utilização de redes de propriedade de não domiciliadas no Brasil. Com isso, concluiu que é devida a CIDE sobre o total dos valores remetidos às empresas de telecomunicações domiciliadas no exterior, a título de pagamento pela contraprestação de serviços técnicos realizados

em chamadas de longa distância internacional nas situações supracitadas.

A decisão do CARF e o ADI ainda tratam da base de cálculo da CIDE, expressando que esta corresponde ao valor total da operação, ainda que não sejam as remessas integralmente enviadas ao exterior, e não apenas o saldo líquido resultante do encontro de contas envolvendo débitos e créditos entre o tomador e o prestador dos serviços. Com isso, constatando a autoridade fiscal que o interessado não declarou em DCTF e não recolheu a CIDE relativa aos valores remetidos ao exterior a título de ROAMING INTERNACIONAL, efetuou os respectivos lançamentos da contribuição, considerando, na composição da base de cálculo, a alíquota do IRRF de acordo com a Solução de Divergência nº 17/2011, que uniformizou o entendimento da RFB sobre a inclusão do IRRF na base de cálculo da CIDE.

Por fim, o autuante ainda informou que:

O Contribuinte ora autuado impetrou ação judicial, Mandado de Segurança, que guarda relação com o tributo objeto da presente ação fiscal. O processo foi cadastrado sob o número MS 2008.61.00.001303-1 tendo sido requerido que a autoridade impetrada se abstenha de efetuar a cobrança da contribuição no que tange à CIDE-ROYALTIES. Subsidiariamente foi requerido que a autoridade se abstenha de efetuar a cobrança com ajustamento da base pela inclusão do IRRF. Com base nos documentos apresentados pela empresa e consulta ao Site da Justiça Federal da Terceira Região, ficou constatado que não houve concessão de liminar ou sentença dando provimento ao pedido.

Cientificado do Auto de Infração em 19/12/2013, o interessado apresentou impugnação (fls. 890-928) em 20/01/2014, com as alegações que, em suma, exponho a seguir.

Primeiramente informa que impetrou os mandados de segurança MS n 2008.61.00.001303-1 e MS n° 0001637-14.2011.4.03.6100, ambos tendo a CIDE como seu objeto.

No entanto, faz distinção entre eles, conforme segue:

MS n° 0001637-14.2011.4.03.6100

Explica que no regular exercício de suas atividades, a Impugnante efetua pagamentos a pessoas residentes ou domiciliadas no exterior em pagamento pela cessão de redes de telecomunicação de que se utiliza fora do território nacional para a adequada prestação de serviços de telecomunicação. Acrescenta que, por entender que essas remessas estão isentas de tributos por força das disposições dos tratados internacionais da RTI e da UIT, a Impugnante deixou de efetuar o recolhimento da CIDE e impetrou o Mandado de Segurança n° 0001637- 14.2011.4.03.6100 (docs. 7 a 10) em que requereu expressamente a concessão de medida

liminar,(...) a fim de que fosse determinada a (...) suspensão da exigibilidade dos créditos tributários do IRRF e da CIDE supostamente incidentes sobre remessas ao exterior realizadas pela Impetrante em pagamento a empresas domiciliadas em país membro da Convenção da União Internacional das Telecomunicações CUIT), pela cessão de redes de telefonia de que se utiliza fora do território nacional para a adequada prestação de serviços de telecomunicação, na medida em que tais operações gozam de isenção tributária, nos termos do artigo 45, item 6.1.3, do Tratado de Melbourne, devidamente incorporado ao ordenamento jurídico nacional (artigo 5, itens 215.1 e 216.2, da Constituição da UIT),(...) determinando-se, ainda, que a Autoridade Impetrada deixe de praticar qualquer ato no sentido de exigir da Impetrante o pagamento de tais créditos tributários".

Ainda requereu que fosse julgado inteiramente procedente o pedido da ação mandamental, concedendo a segurança em caráter definitivo.

Segundo informa, a medida liminar foi deferida determinando que a Autoridade Coatora se abstenha de exigir o IRRF e o CIDE nas remessas de recursos feitas pela impetrante às empresas domiciliadas em país membro da Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT), pela cessão de redes de telefonia que se utiliza fora do território nacional para a adequada prestação de serviços de telecomunicação internacional, suspendendo a respectiva exigibilidade até decisão ulterior deste Juízo, nos termos do artigo 151, IV, do CTN,(...) Em seguida, comunica que foi proferida sentença confirmando a liminar anteriormente deferida.

MS nº 2008.61.00.001303-1

Quanto a este mandado, esclarece que a Impugnante visava afastar a tributação pelo IRRF e pela CIDE-royalties de remessas realizadas a residentes no exterior "a título de licenciamento de software e pela prestação de serviços técnicos e de assistência administrativa", conforme descrição constante do segundo parágrafo da seção "DOS FATOS" da petição inicial. Diz ainda que formulou sua pretensão naquele processo, com base nas alegadas inconstitucionalidades materiais e formais da CIDE-royalties, bem como na aplicação dos tratados internacionais bilaterais para evitar a dupla tributação sobre a renda celebrados pelo Brasil. Tanto é assim que, ao final da petição inicial do Mandado de Segurança nº 2008.61.00.001303-1, a Impugnante requereu que fosse resguardado o seu direito líquido e certo de "não se submeter à exigência da CIDE-Royalties nos termos do artigo 2º da Lei n.º 10.168/2000, bem como seja autorizada a compensação dos valores da CIDE-Royalties que foram indevida e anteriormente recolhidos com outros tributos".

Diante das distinções apresentadas entre os mandados de segurança ora expostos, assegura a ausência de relação entre as causas de pedir e os pedidos formulados, afirmando que, para o

presente caso, interessa o MS nº 0001637-14.2011.4.03.6100, visto que mais específico para afastar a cobrança da CIDE sobre as remessas realizadas a título de roaming internacional, considerando que o MS nº 2008.61.00.001303-1 é mais genérico e possui objeto diverso.

Assim sendo, questiona o procedimento adotado pelo autuante que omitiu a informação a respeito daquele mandado de segurança, em que existe decisão judicial que deve ser cumprida, e mencionou apenas o Mandado de Segurança nº 2008.61.00.001303-1, que não se encontra relacionado à cobrança da CIDE sobre as remessas ao exterior, feitas a título de roaming internacional.

Argumenta que a autoridade fiscal deveria ter se pautado na ordem judicial, abstendo-se de exigir o IRRF e a CIDE nas remessas de recursos feitas às empresas domiciliadas em Países membros da Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT), pela cessão de redes de telefonia que se utiliza fora do território nacional para a adequada prestação de serviços de telecomunicação internacional, sem impor qualquer limite temporal. Por este motivo defende a nulidade do Auto de Infração, pois, segundo diz, a autoridade tributária desrespeitou o disposto no artigo 62 do Decreto nº 70.235/1972 que assim dispõe:

Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso, exceto quanto aos atos executórios

Conclui, assim, que a medida judicial concedida pelo Poder Judiciário suspendeu a exigibilidade do crédito tributário, impedindo a lavratura de auto de infração.

No item seguinte da impugnação, considerando a possibilidade deste Colegiado não entender que o crédito tributário exigido é alcançado pelas decisões judiciais proferidas no MS nº 0001637-14.2011.4.03.6100, o interessado apresenta discussão sobre a improcedência da cobrança da CIDE em questão, em decorrência do Tratado de Melbourne que estabeleceu a isenção de tributos sobre as remessas ao exterior feitas para remunerar a cessão onerosa de meio de rede de telecomunicação.

Neste aspecto, defende, inicialmente, a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro e a eficácia deste Tratado. Prossegue assegurando a inaplicabilidade do ADI nº 25/2004 da RFB e da Posição da PGFN apontadas pela autoridade fiscal. Em seguida, defende a aplicação do art. 6º, 6.1.3 e do item 1.6 do Apêndice 1 do Regulamento das Telecomunicações Internacionais

(“RTI”) aprovado pelo Tratado de Melbourne. Acrescenta, ainda, o argumento de que a CIDE não pode ser cobrada no caso concreto, pois a cessão onerosa dos meios de rede de telefonia para prestação do serviço de telecomunicação no roaming internacional não constitui fato gerador de referida contribuição, visto que os contratos celebrados pela impugnante, relativos a estas remessas, não implicam em transferência de tecnologia. Destaca que esta questão de direito ligada à transferência de tecnologia não é objeto de discussão judicial podendo ser apreciada em sede administrativa.

Após tal questão, alega a impossibilidade da inserção do IRRF na base de cálculo da CIDE.

Defende ainda a inexigibilidade dos juros de mora, visto serem estes um ônus ao contribuinte pelo retardamento culposo da obrigação tributária, argumentando que, no caso concreto, por estar amparada em decisão judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário, não está a impugnante em mora no cumprimento de suas obrigações fiscais.

De igual modo, tendo em vista a decisão judicial suspendendo a exigibilidade da CIDE, defende a inaplicabilidade da multa de ofício com base na Súmula nº 17 do CARF que diz:

Súmula CARF nº 17: Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Por fim, informa que efetuou o recolhimento do IRRF à alíquota de 25% ao invés de 15%, e, desta forma, os 10% pagos a maior, isto é, o crédito que o interessado detém contra o Erário é no mesmo montante da CIDE em litígio. Assim, entende que a autoridade fiscal deveria ter efetuado a imputação do pagamento a maior do IRRF aos débitos de CIDE, evitando assim a lavratura do auto de infração.

É o relatório.

3. A DRJ/RIO DE JANEIRO exarou o Acórdão, que assim restou ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2013

ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. LANÇAMENTO REALIZADO NA VIGÊNCIA DE MEDIDA JUDICIAL. VIOLAÇÃO DA REGRA INSCRITA NO ART. 62 DO DECRETO Nº 70.235/1972. INOCORRÊNCIA.

A existência de processo judicial não transitado em julgado, com medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, não impede o lançamento de ofício cuja obrigatoriedade decorre do caráter vinculado do ato administrativo, consoante dispõe o art. 142 do CTN. Segundo a melhor exegese, respaldada no art. 63 da Lei nº 9.430/1996, o art. 62 do Decreto nº 70.235/1972 não veda a formalização do lançamento de débitos com exigibilidade suspensa

por medida judicial, limitando-se a proibir-lhe a cobrança enquanto vigorar a ordem de suspensão.

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA PARCIAL DE OBJETOS..

A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto, antes ou posteriormente à autuação, implica renúncia à instância administrativa. Quando forem diferentes o objeto do processo judicial e o do administrativo, este último terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2013

LANÇAMENTO REALIZADO NA VIGÊNCIA DE MEDIDA JUDICIAL.

JUROS DE MORA.

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.

LANÇAMENTO REALIZADO NA VIGÊNCIA DE MEDIDA JUDICIAL.

MULTA DE OFÍCIO.

Não cabe imposição de multa de ofício quando a exigibilidade do crédito Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

4. Irresignado, o requerente apresentou recurso voluntário, dirigido a este CARF, onde reforça os argumentos trazidos na impugnação, acrescentando a argumentação de nulidade do Acórdão DRJ :

I - A TEMPESTIVIDADE

- defende a tempestividade do recurso apresentado

II - O FATOS

- descreve os fatos que culminaram com a autuação e seu inconformismo

III - A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR INOBSERVÂNCIA DE DECISÃO JUDICIAL

- defende que a exigência do crédito tributário efetivada por auto de infração está eivada de nulidade, pois que existia decisão judicial que determinava que a fiscalização deveria se abster de exigir a CIDE sobre as remessas ao exterior a título de roaming internacional, e o lançamento não deveria ter efetivado por auto de infração, e sim por nota de lançamento, em obediência ao disposto no artigo 62 do Decreto nº 70.235/1972.

IV - A NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO - A INEXISTÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAL

- alega que não há coincidência entre as ações judiciais impetradas e os fundamentos da autuação, expõe as causas de pedir e o pedido das ações judiciais.

- MS nº 001637-14.2011.4.03.6100 - causa de pedir - a isenção tributária prevista no Tratado de Melbourne e sua eficácia no ordenamento brasileiro - pedido - tutela do direito líquido e certo de não recolher IRRF e CIDE supostamente incidentes sobre as remessas a título de roaming internacional.

- MS nº 2008.61.00.001303-1 - causa de pedir - a inconstitucionalidade material e formal na instituição da CIDE - Royalties, a inexistência do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) e aplicação do artigo 12 das Convenções para evitar a dupla tributação de renda que impedem a tributação dos rendimentos pela CIDE-Royalties - pedido - tutela do direito líquido e certo de não se submeter à exigência da CIDE-Royalties e autorização para compensar os valores de CIDE-Royalties já recolhidos.

- alega que em nenhuma das ações a recorrente trata de inocorrência do fato gerador da CIDE nas remessas a título de roaming internacional, não havendo, desse modo, a alegada concomitância entre o processo administrativo e o processo judicial.

V - A IMPROCEDÊNCIA DA COBRANÇA DA CIDE - A NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO POR INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

- a CIDE não pode nem deve incidir sobre qualquer dos contratos celebrados pela recorrente e das conseqüentes remessas ao exterior, pois não implicam em transferência de tecnologia, e sim cessão do direito de uso de um bem móvel que não se confunde com uma prestação de serviço..

VI - A BASE DE CÁLCULO DA CIDE - A IMPOSSIBILIDADE DE SUA INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR REAJUSTADO PELO IRRF

- a base de cálculo da CIDE não deverá ser a base reajustada pelo IRRF, mas deverá corresponder aos valores originalmente pactuados com a sociedade beneficiária estrangeira

VII - A INEXIGIBILIDADE DOS JUROS DE MORA

- a recorrente não está em mora no cumprimento das obrigações fiscais constituídas nos autos, pois está amparada por decisões judiciais que suspendem a exigibilidade de grande parte do crédito tributário em discussão.

VIII - CONCLUSÃO - O PEDIDO

- o recurso deve ser conhecido e provido para anular ou reformar o acórdão recorrido na parte que manteve a autuação e ainda há nulidade na autuação em virtude do descumprimento de decisão judicial, inexistente a alegada concomitância entre o processo administrativo e os mandados de segurança impetrados pela recorrente, as remessas envolvem a remuneração pela cessão de direito de uso de um bem de terceiro e não envolvem transferência de tecnologia nem a prestação de um serviço técnico ou de assistência técnica, não se enquadrando em qualquer hipótese de incidência da CIDE, não deve ser computado no cálculo da CIDE o valor do IRRF embutido no ajuste do valor da remessa nos casos em que a fonte pagadora assume o ônus do imposto, não podem ser exigidos juros moratórios pois a recorrente está amparada por decisão judicial..

5.. Os autos foram então a mim distribuídos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ari Vendramini

DO RECURSO DE OFÍCIO

6. A DRJ/RIO DE JANEIRO recorreu de ofício a este CARF por ter exonerado a multa de ofício, no valor de R\$ 12.187.914,28, parte integrante do auto de infração, por ter ultrapassado o valor de R\$ 1.000.000,00, limite definido na Portaria MF nº 3, de 2008.

7. Hoje o limite de alçada é de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), fixado pela Portaria MF nº 63, de 09/02/2017, que revogou a Portaria MF nº 3, de 03/01/2008.

8. Em sendo o valor exonerado de R\$ 12.187.914,28, o recurso de ofício deve ser conhecido.

9. Ao exonerar a multa de ofício, a DRJ obedeceu a determinação legal constante do artigo 63 da Lei nº 9.430/1996 e, ainda, da determinação contida na Súmula nº 17 deste CARF, portanto, não há máculas no procedimento da DRJ, que agiu corretamente.

Lei nº 9.430/1996 – Art 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Súmula CARF nº 17

Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

10. Por tais razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso de ofício, para manter a decisão DRJ/RIO DE JANEIRO neste particular.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário é tempestivo, preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto o conhecimento na parte não concomitante.

DAS NULIDADES

11. A recorrente alega que haveria nulidade do lançamento por ter descumprido decisão judicial que expressamente determinou que a fiscalização se abstivesse de exigir a CIDE sobre as remessas ao exterior a título de *roaming* internacional e ainda que o Acórdão da DRJ também seria nulo por não ter ocorrido a concomitância, defendida pelo Acórdão, entre o processo administrativo e os processos judiciais titularizados pela recorrente.

12. Entendo não proceder as alegações da recorrente.

13. **Quanto ao lançamento**, agiu correto a fiscalização ao lavrar o auto de infração para prevenir a decadência do crédito tributário, pois em sendo o tributo devido, até que decisão judicial transitada em julgado o defina como não devido, há que ser constituído o crédito a ele referente, por expressa determinação legal contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172/1966, sendo dever de ofício da autoridade fiscal o fazer, sob pena de incursão em crime de responsabilidade funcional.

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

14. A decisão judicial, exarada no MS nº 0001637-14.2011.4.03.6100, não proibiu a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, mas sim de exigí-lo, por tal motivo o crédito foi constituído com sua exigibilidade suspensa, nos moldes do artigo 151 do mesmo códex tributário.

15. No item 20 das razões de impugnação, apresentadas á DRJ/RJ, a recorrente trouxe a informação do deferimento de medida liminar no Mandado de Segurança citado :

20. Conforme já destacado anteriormente, a medida liminar pleiteada no Mandado de Segurança no 0001637-14.2011.4.03.6100 foi deferida e a D

Autoridade Coatora intimada a proceder da seguinte forma:

*Mandado de Segurança no 0001637-14.2011.4.03.6100 "Assim, defiro parcialmente a medida liminar pleiteada determinando à ilustre autoridade impetrada que **se abstenha de exigir o IRRF e o CIDE** nas remessas de recursos feitas pela impetrante às empresas domiciliadas em país membro da*

Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT), pela cessão de redes de telefonia que se utiliza fora do território nacional para a adequada prestação de serviços de telecomunicação internacional, suspendendo a respectiva exigibilidade até decisão ulterior deste Juízo, nos termos do artigo 151, IV, do CTN, não estendendo os efeitos da presente decisão, quanto ao pedido de afastamento do IRRF à Telecom Itália, eis que o mesmo já foi devidamente apreciado nos autos do mandado de segurança n. 2009.61.00.006526-6."

21. Recentemente, foi, inclusive, proferida sentença nos autos do referido mandado de segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida

16. Desta forma, a autoridade fiscal não descumpriu a ordem judicial, como alega a recorrente.

17. Portanto, rejeito tal preliminar de nulidade.

18. **Quanto á concomitância**, entendo que esta realmente existe, em função da identidade de objeto entre as ações judiciais impetradas e as razões de impugnação interpostas., como bem delineou a decisão da DRJ/RJ, tanto esta identidade existe que a recorrente afirma que não recolheu o tributo, nem o declarou em DCTF, por um motivo claro, estava protegida pela ações judiciais impetradas. Houvesse desencontro de identidade de objetos, a recorrente teria recolhido ao menos algum valor relativo a CIDE-REMESSAS referente ás remessas ao exterior a título de *roaming* intenacional.

19. Apesar dos argumentos expendidos pela recorrente, o fato é que em uma das ações o que se discute é a própria validade do tributo, ao questionar-se a sua constitucionalidade, pois, ao ser questionada a sua validade de acordo com o texto constitucional, o que se faz na realidade é tentar eliminar o tributo do ordenamento jurídico, para que, diante de uma decisão que assim o determine, não se efetue qualquer recolhimento referente ao tributo.

20. A recorrente nos traz as causas de pedir apresentadas ao Poder Judiciário, nas razões de impugnação apresentadas á DRJ/RJ :

18. Por entender que essas remessas estão isentas de tributos por força das disposições dos tratados internacionais da RTI e da UIT, a Impugnante deixou de efetuar o recolhimento da CIDE e impetrou o Mandado de Segurança no 0001637-14.2011.4.03.6100 (docs. 7 a 10) em que requereu expressamente a concessão de medida liminar, nos seguintes termos:

Mandado de Segurança no 0001637-14.2011.4.03.6100:

"Por todo o exposto, a impetrante vem requerer a V.Exa.: a concessão da medida liminar inaudita altera parte, por estarem consubstanciados no presente caso ambos os seus pressupostos autorizadores, para determinar, na forma do artigo 151, IV, do CTN, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários do IRRF e da CIDE supostamente incidentes sobre remessas ao exterior realizadas pela Impetrante em pagamento a empresas domiciliadas em país membro da Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT), pela cessão de redes de telefonia de Que se utiliza fora do território nacional para a adequada prestação de serviços de telecomunicação, na medida em que tais operações gozam de isenção tributária, nos termos do artigo 45, item 6.1.3, do Tratado de Melbourne, devidamente incorporado ao ordenamento jurídico nacional (artigo 5, itens 215.1 e 216.2, da Constituição da UIT), afastando, assim, aplicação do disposto no artigo 685, inciso II, alínea "a", RIR/1999, no artigo 7º, da Lei nº 9.779/1999, e no artigo 2º, §2, da Lei nº 10.168/2000, por manifesta violação ao disposto no artigo 84, inciso XIII, no artigo 49, inciso I, ambos da Constituição Federal, no artigo 10, do Decreto Legislativo nº 67/1998, no artigo 10, do Decreto Presidencial nº 2.962/1999, no artigo 98, do Código Tributário Nacional, e artigo 27, e da Convenção de Viena (Decreto no 7.030/2009), determinando-se, ainda, que a Autoridade Impetrada deixe de praticar Qualquer ato no sentido de exigir da Impetrante o Pagamento de tais créditos tributários".

19. Por outro lado, ao final da inicial do **Mandado de Segurança no 0001637-14.2011.4.03.6100**, a Impugnante expressamente requereu o seguinte:

"(iv) ao final, seja julgado inteiramente procedente o pedido da presente ação mandamental, concedendo-se a segurança em caráter definitivo para reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante ao não recolhimento do IRRF e da CIDE, em virtude da realização de qualquer remessa ao exterior a empresas domiciliadas em país membro da Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT), que seja efetuada a título de pagamento pela cessão onerosa de meios de rede no tráfego sainte, haja vista que o Tratado de Melbourne assegura isenção de tributos às operações desta natureza, de modo que qualquer exigência nesse sentido representa afronta ao artigo 84, inciso XIII, e ao artigo 49, inciso I, ambos da Constituição Federal, ao artigo 10, do Decreto Legislativo no 67/1998, ao artigo 10, do Decreto Presidencial no 2.962/1999, ao artigo 98, do Código Tributário Nacional, e ao artigo 27, da Convenção de Viena (Decreto no 7.030)"

(...)

23. No Mandado de Segurança no 2008.61.00.001303-1 (doc. 11), a Impugnante visava afastar a tributação pelo IRRF e pela CIDE-royalties de remessas realizadas a residentes no exterior "a título de licenciamento de software e pela prestação de serviços técnicos e de assistência administrativa", conforme descrição constante do segundo parágrafo da seção "DOS FATOS" da petição inicial.

24. A Impugnante formulou sua pretensão naquele processo, com base nas alegadas inconstitucionalidades materiais e formais da CIDE-royalties, bem

como na aplicação dos tratados internacionais bilaterais para evitar a dupla tributação sobre a renda celebrados pelo Brasil. Tanto é assim que, ao final da petição inicial do Mandado de Segurança nº 2008.61.00.001303-1, a Impugnante requereu que fosse resguardado o seu direito líquido e certo de "não se submeter à exigência da CIDE-Royalties nos termos do artigo 2º da Lei n.º 10.168/2000, bem como seja autorizada a compensação dos valores da CIDE-Royalties que foram indevida e anteriormente recolhidos com outros tributos".

21. Tanto assim o é que a recorrente solicita ao judiciário que lhe garanta a compensação de valores eventualmente devidos com valores indevidamente recolhidos no passado, ou seja, procura, ao fim, a recorrente, se ver diante de uma exigência tributária que espera seja declarada inexistente.

22. Portanto, os argumentos apresentados pela recorrente de que não há identidade de objeto entre o recurso administrativo e os processos judiciais não se sustenta pois, ao discutir constitucionalidade de um tributo, discute-se, por consequência lógica, sua base de cálculo, seu fato gerador e sua alíquota, todos componentes do crédito tributário.

23. Por tais motivos, entendo haver concomitância entre os motivos de impugnação, repisados no recurso voluntário, e as causas de pedir dos processos judiciais titularizados pela recorrente.

24. Portanto, clara está a coincidência dos objetos dos pedidos, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial.

25. Desta forma, deve-se obediência ao Princípio Constitucional da Supremacia das Decisões Judiciais e da Prevalência da Esfera Judicial sobre a Administrativa, ambos insculpidos no Inciso XXXV do Artigo 5ª da Constituição Federal :

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

26. Para tanto, este CARF emitiu a Súmula nº 1

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. (Vinculante, conforme Portaria nº 227, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

27. Assim, rejeito esta preliminar de nulidade do Acórdão recorrido.

DOS EFEITOS DA CONCOMITÂNCIA

28. Em razão da matéria em julgamento por este colegiado encontrar-se contida na matéria submetida à análise do Poder Judiciário, é de se aplicar ao caso concreto em exame a Súmula CARF nº 1.

29. Quanto aos efeitos da concomitância, deixa-se de conhecer as alegações relativas à matéria objeto das ações judiciais, que no caso dos presentes autos estão contidas nos itens: ***V - A IMPROCEDÊNCIA DA COBRANÇA DA CIDE - A NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO POR INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR e VI - A BASE DE CÁLCULO DA CIDE - A IMPOSSIBILIDADE DE SUA INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR REAJUSTADO PELO IRRF*** por discutirem justamente fato gerador e base de cálculo do tributo, discussão transferida para a esfera judicial, declarando-se formalmente a definitividade do lançamento no âmbito administrativo, cabendo à Unidade Administrativa de origem (DERAT/SP) a verificação do atual andamento das ações judiciais e os efeitos das suas decisões sobre a matéria em questão, para seu cumprimento.

NO MÉRITO

30. Assim, passa-se ao exame das razões recursais passíveis de serem analisadas por este colegiado, das quais se toma conhecimento.

DA EXIGÊNCIA DOS JUROS DE MORA

31. A recorrente insurge-se contra a exigência dos juros de mora, sob o argumento de que se encontra amparada por decisões judiciais que suspendem a exigibilidade de grande parte do crédito tributário em discussão e, assim, o prazo de vencimento da obrigação é postergado até que a dívida venha ser novamente exigível.

32. Compulsando-se os autos, não consta dos mesmos que tenha havido depósito judicial no montante integral, razão pela qual devem ser mantidos os juros de mora incidentes sobre o crédito constituído por lançamento.

33. A exigência dos juros de mora é decorrente de expresse comando legal, nos termos do artigo 161 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172/1966, que só ressalva a hipótese de pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo para pagamento do crédito.

CTN – Lei nº 5.72/1966

Artigo 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

34. É de se destacar que os juros de mora têm caráter compensatório e são exigidos pela não disponibilização do valor devido à Fazenda Pública. No presente caso, somente caberia a interrupção da fluência dos juros moratórios se tivessem sido efetuados depósitos judiciais no montante integral do crédito tributário.

35. Aplica-se ao caso a Súmula nº 5 deste CARF :

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.

36. Portanto, deve ser mantida a exigência dos juros de mora.

Conclusão

37. Por todo o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso de ofício.

38. Quanto ao recurso voluntário,
- NÃO CONHEÇO das seguintes razões de recurso :

V – A IMPROCEDÊNCIA DA COBRANÇA DA CIDE – A NÃO OCORRÊNCIA DO TRIBUTO POR INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR e

Processo nº 19515.723063/2013-99
Acórdão n.º **3301-006.129**

S3-C3T1
Fl. 1.614

VI – A BASE DE CÁLCULO DA CIDE – A IMPOSSIBILIDADE DE SUA INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR REAJUSTADO PELO IRRF.

- CONHEÇO do recurso quanto á alegação de :

VII – A INEXIGIBILIDADE DOS JUROS DE MORA, para a qual NEGO PROVIMENTO.

39. Desta forma, NEGO PROVIMENTO ao recurso de ofício, CONHEÇO PARCIALMENTE o recurso voluntário e, na parte conhecida, NEGO provimento.

É o meu voto.

assinado digitalmente

Ari Vendramini - Relator