



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

Processo nº 10680.015606/2004-23
Recurso nº 864.076 Voluntário
Acórdão nº **1803-00.692 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 10 de novembro de 2010
Matéria CSLL
Recorrente TAMASA ENGENHARIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999

AUTO DE INFRAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. AÇÃO RESCISÓRIA.

Não pode a ação rescisória convalidar auto de infração lavrado na existência de coisa julgada favorável ao sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Selene Ferreira de Moraes e Walter Adolfo Maresch. Designado o Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes – Presidente e Relatora.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes – Redator designado.

EDITADO EM: 30/11/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes, Benedicto Celso Benício Júnior, Walter Adolfo Maresch, Marcelo Fonseca Vicentini, Sérgio Rodrigues Mendes, Luciano Inocência dos Santos.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

“Contra o Contribuinte, pessoa jurídica, já qualificada nos autos, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 05/08, que exige a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, no valor de R\$ 461.412,28, cumulada com multa de ofício, no percentual de 75% , e juros de mora pertinentes calculados até 29/10/2004.

Lançamento da CSLL. Descrição dos Fatos.

Na descrição dos fatos, a Fiscalização fez as anotações abaixo transcritas:

"001 —CSLL. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS)

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, conforme Termo de Verificação Fiscal, em anexo".

Do Termo de Verificação Fiscal — TVF (fls. 12/15).

Substancialmente, a Fiscalização relata que o Contribuinte, empresa filiada ao SICEPOT/MG, apresentou para justificar a falta de declaração e recolhimento da CSLL, cópias de ações judiciais.

Da Impugnação.

Tendo sido dele cientificado, em 14/12/2004, o sujeito passivo contestou o lançamento, em 07/01/2005, mediante o instrumento de fls. 231/249. Adiante compendiam-se suas razões.

Inicialmente, o Impugnante ressalta a tempestividade da defesa apresentada.

DOS FATOS/DO DIREITO.

Salienta que o cerne da questão em discussão se consubstancia no fato que a Autuada possui ação transitada em julgada, não se sujeitando, assim, aos recolhimentos da CSLL, em respeito ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (coisa julgada).

Diz que a pretensão fiscal está a violar expressamente o citado art. da Constituição Federal, e o 467 do CPC, já que desrespeita a coisa julgada.

É esse o entendimento da 4ª Turma do TRF da 1ª Região, por meio de acórdão da lavra da Exma. Juíza Eliana Calmon, no agravo de instrumento 1997.01.00.017225-1/MG, DJU/2, 13/4/98, p. 167-167.

DA INDEVIDA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO E DOS JUROS DE MORA.

Alega que foram acrescidos, indevidamente e ilegalmente, aos valores exigidos multa de lançamento de ofício, no percentual de 75%, bem como juros de mora.

Com relação à multa de lançamento de ofício, flagrante a ilegalidade de sua aplicação, haja vista que é, por excelência, sanção pelo inadimplemento. Não se pode admitir que o contribuinte, que acode ao Judiciário e que, mostra uma pretensão plausível, seja qualificado de inadimplente.

Defende que não deve prevalecer a incidência de juros moratórios e a multa de ofício.

DA INAPLICABILIDADE DA TAXA DE JUROS COM BASE NA SELIC.

Fundamentalmente, discorda da cobrança de juros de mora, com base na Taxa Selic.

Ao final, requer seja julgado improcedente a presente autuação.”

A Delegacia de Julgamento considerou o lançamento procedente, em decisão assim ementada:

“Coisa Julgada.

A declaração da inconstitucionalidade da Lei 7.689/88 e a exclusão de sua eficácia, em caráter permanente e definitivo, só podiam ser obtidas mediante ação direta de inconstitucionalidade. Na via incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade constitui pressuposto da decisão e apenas afasta a aplicação da lei ao caso concreto, mas ela continua a vigorar.

As razões de decidir e as questões julgadas incidentalmente no processo não integram a coisa julgada.

Lei Superveniente.

A Lei nº 8.212/91 por si só legitima a exigência de contribuição social sobre o lucro.

Ação Rescisória.

Os efeitos da coisa julgada decorrentes de provimento judicial no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da CSLL com fundamento na Lei nº 7.689/88 que instituiu a CSLL, não atingem relações futuras, regidas por normas supervenientes (Lei nº 7.856/89 - art. 2º; Lei nº 8.034/90 - art. 2º; Lei nº 8.212/91 - art. 23, II e Lei Complementar nº 70/91- art. 11), do que se conclui ser legítima a cobrança da contribuição a partir da lei nº 7.856/89, observada, por óbvio, a anterioridade nonagesimal.

Contudo, ainda que se entenda que a Lei nº 7.856/89 (art. 2º) não tenha restaurado a referida contribuição, posto que alterou dispositivo considerado inconstitucional, por decisão com eficácia inter partes, certo é que a Lei nº 8.212/91 (art. 23, II) dispôs autonomamente sobre a CSLL, reinstituindo-a partir da definição de todos os aspectos da hipótese de incidência.

Multa de Ofício.

Segundo a legislação vigente, nos casos de lançamento de ofício, será aplicada multa de 75%, sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição não recolhida.”

Contra a decisão, interpôs a contribuinte o presente Recurso Voluntário, em que, além de reiterar as alegações contidas na impugnação, acrescenta as seguintes considerações:

- a) Equivocou-se, data vênia, o julgador de 1ª a instância ao entender que a Lei 8.212 de 1991 teve o condão de restituir a CSLL e que, desse modo, não haveria motivo para o cancelamento da autuação.
- b) A legislação ulterior à Lei 7.689/88 não alterou, na essência, a CSLL, que ainda é o mesmo tributo de antes.
- c) Ainda que a Lei 8.212/91 se refira à CSLL, os mecanismos de apuração da base de cálculo e o tipo legal - fato gerador (lucro) continuam regidos pela mesma Lei 7.689/89. Além disso, as normas da Lei 7.689/88 foram expressamente mantidas pelo art. 72 do ADCT, inciso III.
- d) Se de fato, a Lei nº 7.689/88, não mais vigorasse desde 1991, não haveria de constar em uma Medida Provisória expedida no ano 2001, ou seja, dez anos após, uma alteração da Lei nº 7.689/88, mas, sim, da indigitada Lei nº 8.212/91.
- e) A presente autuação ofende sim o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Afinal, ainda que tivesse havido nova lei instituidora da CSLL (o que não é verdade, como visto e expresso em normas transcritas), ela ainda não poderia afetar coisa julgada.
- f) O Poder Judiciário repugna a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro (feito a pretexto da Lei 8.212), porque reconhece que coisa julgada impede tal cobrança.
- g) Também na vigência da Lei 8.212/91, o SICEPOT propôs novo Mandado de Segurança Coletivo a fim de colocar um ponto final nas insistentes pretensões do Fisco, apesar do entendimento de que a questão já estava decidida e sanada com a decisão transitada em julgado do primeiro mandado de segurança interposto.

- h) O acórdão referente a ação rescisória do Recorrido que acabou por reformar o acórdão concessivo de segurança da contribuinte, dizendo, por fim, ser exigível a CSLL (art. 23, II, da Lei nº 8.212/91), evocando fundamentos inconsistentes posto desviados da verdade fático-jurídica, não pode ser rescindível.
- i) A decisão judicial que respalda o ora recorrente a não recolher a CSLL é aquela proferida nos autos do primeiro Mandado de Segurança (Pnº 1989.00.01256-8), posto ser do entendimento majoritário tanto da doutrina quanto da jurisprudência que a Lei 7.689/88 ainda vigora.
- j) A multa de ofício exigida do contribuinte é indevida, sendo inconstitucional em face da afronta ao princípio da razoabilidade.
- k) Caso, absurdamente, se entenda pela aplicação da multa neste caso concreto, importante salientar que a Câmara de Recursos Fiscais limite a aplicação desta "multa isolada" ao saldo de imposto anual apurado, o que equivale a não aceitar a aplicação da multa quando o lucro real anual é negativo e a fiscalização se dá após o encerramento do ano-calendário.
- l) Ilegalidade da multa de ofício e dos juros moratórios aplicados aos supostos débitos tributários.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Selene Ferreira de Moraes

A contribuinte foi cientificada por via postal, tendo recebido a intimação em 09/02/2010 (AR de fls. 282). O recurso foi protocolado em 23/02/2010, logo, é tempestivo e deve ser conhecido.

O cerne da questão em debate é definir os efeitos das decisões com trânsito em julgado sobre o crédito tributário objeto da presente autuação.

O lançamento tem como fundamentos legais o art. 2º, e §§, da Lei 7.689/1988, e a Lei nº 8.212/1991.

A seguir demonstramos o objeto das ações judiciais que afetam o presente lançamento:

- Mandado de Segurança Coletivo nº 1989.00.01256-8:

“II - DOS FATOS E DO DIREITO

2.1. A União, através da Medida Provisória nr. 22, de 6 dezembro de 1.988, posteriormente transformada na Lei nr. 7.689, de 15 de dezembro de 1.988, instituiu a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. As empresas

associadas ao Impetrante, a partir de abril do corrente, estão sujeitas ao pagamento desta contribuição à base de 8% do valor do resultado do exercício encerrado em 31 de dezembro do 1988, na forma da lei instituidora.

IV - DO PEDIDO

4.1. Ante o exposto, requer a concessão da liminar, notificando-se o Impetrado para que, desde já, abstenha-se de cobrar a contribuição ora impugnada, sendo, após prestadas as informações, deferido o "writ", assegurando-se às associadas do Impetrante o direito de não recolherem a contribuição social instituída pela Medida Provisória nr. 22 em razão dos vícios de inconstitucionalidade demonstrados acima."

- Mandado de Segurança Coletivo nº 96.0036458-3 (número no Tribunal 1998.01.00.074844-4 - fls. 117/123):

"2- DOS FATOS

2.1. O Impetrante patrocinou, em favor das empresas associadas, mandado de segurança coletivo contra a exigência da Contribuição Social sobre o Lucro, instituída pela Lei 7.689, de 15.12.88, processo que tramitou perante o Juízo da 2ª Vara Federal desta Capital, sob o nº 89.0001256-8. A segurança foi acolhida na primeira instância, dispensando as empresas do pagamento da contribuição, consoante sentença anexa.

O Tribunal Regional Federal, ao julgar os recursos voluntário e o de ofício, confirmou a sentença de primeiro grau, decisão que transitou em julgado em dezembro de 1991, inexistindo iniciativa da Fazenda quanto à ação rescisória no prazo legal.

2.2. Recentemente, várias empresas integrantes daquela ação coletiva requereram à Secretaria da Receita Federal, chefiada pela Autoridade Coatora, a Certidão Negativa de Débito. A CND foi negada, sendo enviado às empresas o aviso de cobrança anexo, discriminando o tributo cobrado, incluindo multa, juros e correção monetária, que, segundo a Autoridade impetrada, seria devido em relação ao lucro apurado a partir do ano-base de 1991, inclusive."

6- DO PEDIDO

6.1. Requer, após concedida a liminar, seja notificado o Impetrado para prestar as informações de praxe, julgando-se procedente a segurança, para ordenar, de forma definitiva, à Autoridade que se abstenha de cobrar das empresas associadas do Impetrante a contribuição social sobre o lucro, além de determinar à mesma que não se utilize dos alegados débitos desta contribuição como fatores impeditivos à obtenção de certidões negativas ou outros direitos quaisquer, cuja condição seja a quitação tributária".

Ambos os mandados de segurança tiveram decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com trânsito em julgado.

No entanto, a decisão do Tribunal no mandado de segurança nº 96.0036458-3, com trânsito em julgado 22/04/1999, foi objeto da ação rescisória nº 2001.01.00.015071-8.

Esta ação rescisória foi julgada procedente, em decisão assim ementada (fls. 263/264):

“AÇÃO RESCISÓRIA- PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 7.689/88 QUE INSTITUIU A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO-CSLL — EFEITOS OBJETIVOS DA COISA JULGADA — RELAÇÕES CONSTITUÍDAS COM BASE EM LEIS SUPERVENIENTES — SÚMULA Nº 239/STF - LEGITIMIDADE DA COBRANÇA - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 343/STF.

1 — Descabida a incidência da Súmula nº 343/STF, porquanto a questão envolve matéria de índole constitucional, qual seja, a dimensão objetiva da coisa julgada em face de norma superveniente (art. 5º XXXVI, início da fruição do benefício pelo contribuinte. Deve ser comprovado CF).

2 - Os efeitos da coisa julgada decorrentes de provimento judicial no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança da CSLL com fundamento na Lei nº 7.689/88, que instituiu a CSLL, não atingem relações futuras, regidas por normas supervenientes (Lei nº 7.856/89— art. 2º; Lei nº 8.034/90 - art. 20; Lei nº 8.212/91 — art. 23, II e Lei Complementar nº 70/91 - art. 11), do que se conclui ser legítima a cobrança da contribuição a partir da Lei nº 7.856/89, observada, por óbvio, a anterioridade nonagesimal.

3 - Nesse sentido: (AR nº 2002.01.00.029739-5/MG, Rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, 4ª Seção, DJ de 25.8.2005; AC nº 1999.38.00.014275-0/MG, Rel. Juiz Conv. Carlos Alberto Simões de Tomaz, DJ de 19/12/2005 e AgRg no RESP nº 703.526/MG, Rel. p/ ACÓRDÃO acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19/9/2005).

4 - De acordo com o STF, Súmula nº 239: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

5 - No caso específico dos autos, assegurou-se às empresas associadas do sindicato o direito de não recolherem a CSLL, por se haver reconhecido a inconstitucionalidade formal da norma (Lei nº 7.689/88), ao fundamento de que indispensável seria o manejo de lei complementar para instituição do referido tributo (AMS nº 90.01.05115-4/MG. Rel. Juiz, Leite Soares, julgado em 30.10.1991).

6 - Contudo, ainda que se entenda que a Lei nº 7.856/89 (art. 2º) não tenha restaurado a referida contribuição, posto que alterou dispositivo considerado inconstitucional, por decisão com eficácia inter partes, certo é que a Lei nº 8.212/91 (art. 23, II)

dispôs autonomamente sobre a CSLL, reinstituindo-a a partir da definição de todos os aspectos da hipótese de incidência.

7— *Pedido rescisório procedente.*

8 — *Apelação da Fazenda Nacional provida.*

9 — *Segurança denegada.”*

O lançamento foi efetuado em 14/12/2004, ou seja, após a interposição da ação rescisória, mas antes da decisão que julgou o pedido rescisório procedente.

A súmula CARF nº 1 assim dispõe:

“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.”

Esta súmula não é diretamente aplicável ao presente caso, porque a ação judicial, com o mesmo objeto do processo administrativo, não foi proposta pelo sujeito passivo, mas pela Fazenda Pública. No momento em que foi efetuado o lançamento, com base na tese da inovação legal trazida pela Lei nº 8.212/1991, já estava correndo a ação rescisória interposta pela Fazenda Pública.

É inegável que há concomitância entre o processo judicial e o administrativo, no que diz respeito à cobrança da CSLL com base na Lei nº 8.212/1991. Logo, pelas mesmas razões que motivaram a súmula CARF nº 1, a discussão acerca da possibilidade de cobrança da CSLL não deve ser conhecida na esfera administrativa. Isto porque, a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais.

Assim, no presente caso, resta-nos cumprir a decisão judicial proferida na ação rescisória nº 2001.01.00.015071-8, que concluiu que é cabível a cobrança da CSLL a partir da Lei nº 8.212/91 (art. 23, II), sob o argumento de que ela dispôs autonomamente sobre a CSLL, reinstituindo-a a partir da definição de todos os aspectos da hipótese de incidência.

No tocante à multa de ofício, é cabível sua discussão na esfera administrativa, uma vez que é matéria distinta da constante do processo judicial.

O art. 63 da Lei nº 9.430/1996, e os incisos IV e V do art. 151 do CTN assim dispõem:

“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.”

CTN

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;”

Ora, se não é cabível lançamento de multa de ofício quando há liminar ou tutela antecipada em ação judicial, mais improcedente ainda é o seu lançamento no presente caso, em que a contribuinte possuía decisão judicial com trânsito em julgado ainda válida. É certo que tal decisão já era objeto de ação rescisória, mas ainda não havia sido proferida nova decisão acolhendo o pedido rescisório.

Por fim, quanto ao cabimento da taxa Selic, deve ser trazida à colação a Súmula CARF nº 4:

“Súmula CARF Nº 4

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

Ante todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para aplicar ao presente processo administrativo a decisão proferida nos autos da ação rescisória nº 2001.01.00.015071-8, e excluir da tributação a multa de ofício de 75% .

(assinado digitalmente)
Selene Ferreira de Moraes

Voto Vencedor

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Redator Designado

Tive vista do processo para melhor examinar a questão ora em julgamento.

Conforme se observa dos autos, a ação rescisória da Fazenda Nacional foi provida em 2009. Mas, em 2004, ano do lançamento, o sujeito passivo estava amparado por ação judicial transitada em julgado em seu favor, que impedia a exigência de CSLL.

Tenho que a ação rescisória não pode convalidar um auto de infração lavrado na existência de coisa julgada favorável ao sujeito passivo. Por força de sentença judicial definitiva, não havia qualquer infração a ser objeto de auto de infração. Não havia inadimplemento.

Entendo que, para se aquilatar do cabimento ou não do auto de infração, deve-se examinar a situação à época de sua lavratura, não podendo influir nessa avaliação fatos ocorridos posteriormente.

Diz o acórdão recorrido o seguinte (fls. 278):

Em suma, no caso de ação judicial finda, cuja decisão tenha transitado em julgado a favor do sujeito passivo, mas que posteriormente restou rescindida por violar expressamente disposição literal de lei, não ocorre a extinção do crédito tributário e o lançamento por falta de recolhimento do imposto ou da contribuição (objeto da discussão judicial) há de ser efetuado com a exigência normal tanto da multa prevista como dos juros de mora, ambos previstos em lei.

O lançamento há de ser efetuado, sim, com certeza. Mas apenas após a rescisão da decisão transitada em julgado a favor do sujeito passivo. Não antes!

No momento em que foi lavrado o auto de infração isso não era possível, por afrontar a coisa julgada. Depois da rescisão dessa coisa julgada, sim, pode a Fazenda Nacional efetuar a lavratura de auto de infração, não havendo que se falar, nessa hipótese, em decadência, por estar, até então, impossibilitada aquela lavratura.

Concorda-se inteiramente com o seguinte trecho do Recurso interposto (fls. 302):

59. Resta comprovado que o fisco está punindo a empresa contribuinte, ora recorrente, por não haver feito um pagamento que não era devido por força de decisão judicial e, o que é pior, a penalidade é calculada sobre o montante desse pagamento. Absurdo!

Voto pelo provimento do Recurso.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes