



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

Processo n° 13629.001631/2006-12
Recurso n° 172.191 Voluntário
Acórdão n° **1201-00.392 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de janeiro de 2011
Matéria CSLL
Recorrente EMPRESA MINEIRA DE TERRAPLANAGEM LTDA.
Recorrida 1ª TURMA - DRJ/JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

COISA JULGADA. ALCANCE.

A decisão judicial transitada em julgado, amparando a contribuinte a não recolher a CSLL com base na Lei nº 7.689/88, considerada inconstitucional, não alcança a exigência da contribuição fundada em diplomas legais promulgados após a referida lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em NEGAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Rafael Correia Fuso (Relator). Designado o Conselheiro Marcelo Cuba Netto para redação do voto vencedor.

Claudemir Rodrigues Malaquias – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso – Relator

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Redator designado

(documento assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Regis Magalhães Soares Queiroz, Rafael Correia Fuso, Joao Bellini Junior e Marcelo Cuba Netto.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/12/2006, pela fiscalização federal, que cobra o recolhimento da CSLL nos seguintes termos:

FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL

Valor apurado conforme o anexo Termo de Verificação Fiscal, parte integrante deste Auto de Infração.

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Tributável</i>
<i>31/12/2001</i>	<i>R\$ 3.277,01 75,00</i>
<i>31/12/2002</i>	<i>R\$ 13.548,04</i>
<i>31/12/2003</i>	<i>R\$ 33.485,89</i>
<i>31/12/2004</i>	<i>R\$ 44.096,51</i>

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88;

Art. 10; alínea "d" do parágrafo único do art. 11 e inciso II do art. 23 da Lei nº 8.212/91;

Arts. 9º e 11 da Lei Complementar nº 70/91;

Art. 19 da Lei nº 9.249/95;

Art. 28 da Lei nº 9.430/96;

Art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99.e suas reedições;

Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

FALTA DE RECOLHIMENTO/DECLARAÇÃO DA CSLL

FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Tributável</i>
<i>31/03/1999</i>	<i>R\$ 916,45 75,00</i>
<i>30/06/1999</i>	<i>R\$ 2.490,35 75,00</i>
<i>30/09/1999</i>	<i>R\$ 2.704,56 75,00</i>
<i>31/12/1999</i>	<i>R\$ 1.459,59</i>

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88;

Art. 10; alínea "d" do parágrafo único do art. 11 e inciso II do art. 23 da Lei nº 8.212/91;

Arts. 9º e 11 da Lei Complementar nº 70/91;

Art. 19 da Lei nº 9.249/95;

Art. 29 da Lei nº 9.430/96;

Art. 6º da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições;

Art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições.

MULTAS ISOLADAS

FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA

Falta de pagamento da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função dos balanços de suspensão ou redução, conforme o anexo Termo de Verificação Fiscal, parte integrante deste Auto de Infração.

<i>Data</i>	<i>Valor</i>	<i>Multa Isolada</i>
31/07/2001		R\$ 1.822,20
31/10/2001		R\$ 170,36
30/11/2001		R\$ 457,76
31/12/2001		R\$ 7,44
31/01/2002		R\$ 1.121,12
31/05/2002		R\$ 1.676,18
30/06/2002		R\$ 1.274,75
31/07/2002		R\$ 3.935,01
31/10/2002		R\$ 293,18
31/12/2002		R\$ 1.860,80
31/07/2003		R\$ 1.480,81
31/08/2003		R\$ 8.685,47
30/09/2003		R\$ 7.727,34
31/10/2003		R\$ 4.146,05
30/11/2003		R\$ 9.764,04
30/04/2004		R\$ 4.278,57
31/05/2004		R\$ 5.584,81

30/06/2004 .	R\$ 5.541,13
31/07/2004	R\$ 5.026,60
30/09/2004	R\$ 4.522,75
31/10/2004	R\$ 588,89
30/11/2004 .	R\$ 2.020,79
31/12/2004 •	R\$ 5.508,85
31/03/2005	R\$ 2.964,38
30/04/2005	R\$ 9.183,95
31/05/2005	R\$ 12.517,76
30/06/2005	R\$ 3.390,68
31/07/2005	R\$ 20.770,55
31/08/2005	R\$ 13.717,25

Art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96.”

No relatório fiscal constou as seguintes descrições quanto aos fatos jurídicos apurados nos autos do processo administrativo:

“O contribuinte em epígrafe impetrou, em 28.04.1989, o Mandado de Segurança nº 89.00.01617-2 com a finalidade obter a suspensão da exigibilidade da Contribuição Social sobre o-Lucro, relativa ao—exercício de 1989; período-base 1988; alegando a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 7.689/88, bem como a ilegalidade da exigência da correção monetária imposta pela Lei 7.738/89.

O pedido de liminar foi deferido em 02.05.1989 mediante depósito judicial (fl.29). A sentença, prolatada em 18.12.1989, concedeu a segurança sob o entendimento de que a Lei 7.689/88 é inconstitucional por desrespeito à hierarquia do processo legislativo.

A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal – 1 Região, em 30.10.1991, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pela Fazenda Nacional (fls.50 a 56). O acórdão transitou em julgado em 04.02.1992.

Posteriormente, em decorrência de ter recebido o aviso de cobrança nº 99117704, da CSLL referente ao ano-calendário de 1996, declarada na DIRPJ/97, o contribuinte e outro impetraram o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.024680-0, em julho de 1999, com o objetivo de tomar sem efeito o aviso de cobrança, inclusive em relação à cobrança de valores futuros.

Alegando que a exigência é ilegal, tendo em vista a existência de coisa julgada no mandado de segurança anterior (MS nº 89.00.01617-2).

A sentença, prolatada em 25.02.2000, concedeu parcialmente a segurança impetrada para que "a autoridade administrativa abstenha-se de cobrar os valores referentes à Contribuição Social sobre o Lucro, pelo perfil traçado pelas leis 7689/88 e 7738/89, anulando, os lançamentos efetuados com base na referida legislação, por estarem as impetrantes sob o manto protetor da coisa soberanamente julgada" (fls. 68/ 71).

A Fazenda Nacional interpôs Recurso de Apelação que se encontra pendente de apreciação pelo Tribunal.

Em consulta aos sistemas de informação da Receita Federal, verificou-se que nos anos-calendário objeto deste MPF, as informações sobre a apuração da CSLL não foram declaradas na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais — DCTF. Também não foi constatada a apuração da CSLL nas declarações DIRPJ/DIPJ referente aos anos-calendário de 1995, 1999 e 2001 a 2004, exercícios de 1996, 2000 e 2002 a 2005, respectivamente. Não foi constatado qualquer recolhimento para os referidos períodos de apuração.

O lançamento de ofício da CSLL referente ao ano-calendário de 1995, exercício de 1996, foi tratado no processo administrativo nº 13629.001767/2005-33.

Em acatamento à sentença judicial os débitos referentes ao ano-calendário de 1996, exercício de 1997, foram suspensos.

Em consulta efetuada pela Sacat/DRF/CFN à Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN/MG, solicitando que esta se manifestasse sobre a exigibilidade da CSLL referente ao ano-calendário de 1997 do litisconsorte no acima referido mandado de segurança (nº 1999.38.00.024680-0), esta respondeu nos seguintes termos (fls. 72/73):

"Assim, a resposta ao questionamento dessa Delegacia prende-se ao cumprimento do comando mandamental naquilo que nele se contém, ou seja, ordem para que não se exija a exação nos termos da Lei nº 7.689/88 e nº 7.738/89, relativamente à competência de 1996.

Nesta Ordem de idéias, portanto, é lícito concluir-se pela exigência da indigitada contribuição social nos demais exercícios, todavia, agora com base na legislação superveniente (Lei nº 7.856/89; Lei nº 8.034/90; Lei nº 8.212/91; a Lei Complementar nº 70/91)".

Após ser intimado sobre o início da fiscalização, o contribuinte apresentou demonstrativos de apuração da CSLL e efetuou depósito judicial, sem a multa de mora.

Portanto, não houve depósito do montante integral, conforme o art. 151 do Código Tributário Nacional - CTN. Conforme as telas do sistema às fls.103 , o valor total depositado nos dias 04 e 06 de outubro de 2005 totalizam R\$ 256.966,55, o que corresponde ao demonstrativo de fls. 84.

Conforme cópia das demonstrações efetuadas às fls.79 a 83 , o imposto de renda foi apurado pelo regime do lucro presumido no ano-calendário de 1999 e, nos anos-calendário de 2001 a 2005, foi apurado pelo regime do lucro real anual, com a utilização de balancetes de suspensão/redução.

A base de cálculo da CSLL foi levantada a partir das memórias de cálculo da contribuição preparadas pelo contribuinte e confrontados com os livros contábeis e fiscais.

Tendo como base os demonstrativos da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (Dirf), às fls. 254, apresentada pelo Banco Real SA, os rendimentos líquidos de aplicações em renda fixa foram acrescentados à base de cálculo da CSLL, uma vez que na contabilidade do contribuinte não houve registro do rendimento e do imposto incidente sobre tais aplicações financeiras. Assim, foram acrescentados os rendimentos líquidos de aplicações financeiras nos valores de R\$ 337,42 e R\$ 187,00 às bases de cálculos referentes ao 1º trimestre e 2º trimestre do ano-calendário de 1999, respectivamente. As receitas financeiras informadas no balanço de 31.03.1999 se referem à conta Descontos Obtidos (fls. .255 /.286).

Os valores apurados de CSLL, regime de apuração pelo lucro presumido, referente ao ano-calendário de 1999, com base nos demonstrativos do próprio contribuinte, que serão através do presente Auto de Infração exigidos de ofício, foram os seguintes:

Em relação à CSLL apurada no ano-calendário de 2005, os depósitos judiciais são anteriores à ciência do MPF Complementar que incluiu este período na ação fiscal. O contribuinte não declarou os débitos na DCTF, mas informou na DIPJ os valores das estimativas da CSLL, apurando no ajuste anual saldo negativo no valor de R\$ 5.412,13, uma vez que informou na linha 52, CSLL mensal paga por estimativa, o valor depositado judicialmente.

Neste sentido, para melhor compreensão da matéria, nos termos da Solução de Consulta SRRF/9a RF/DISIT nº 369, de 25 de novembro de 2005: quanto à possibilidade de se considerar os depósitos efetuados em garantia das estimativas mensais como pagamentos declarados na DIPJ, deduzindo-os do IR/CSLL devido, para apurar o IR/CSLL a pagar, não se visualiza tal possibilidade, pois em realidade, os depósitos judiciais não configuram pagamento do crédito tributário. Tal conversão dar-se-á somente após o encerramento da lide e somente quando se tratar de decisão favorável à Fazenda Nacional.

Porém, em relação às estimativas apuradas até setembro de 2005, os valores depositados são insuficientes para suspender os

débitos, tendo em vista que, conforme o demonstrativo de fis.237, foram efetuados em atraso e sem a multa de mora. Conforme o art. 151 do CTN, para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, é necessário que o depósito seja no montante integral e, como é sabido, o depósito judicial é efetuado por conta e risco do contribuinte. Em relação às estimativas apuradas a partir de outubro, os valores depositados ocorreram dentro das datas de vencimento.

Assim, os valores das estimativas de CSLL acima identificadas, para as quais não houve o depósito do seu montante integral e não foram informadas pelo contribuinte na DCTF, sendo devidas as respectivas multas isoladas de CSLL, que serão através do presente Auto de Infração exigidas de ofício.”

Inconformada com a lavratura do AI, a contribuinte interpôs impugnação administrativa, em 22/12/2006, alegando em síntese que:

a) Ajuizou no de 1989, Mandado de Segurança, Processo nº 89.00.01617-2, que tramitou pela sétima vara da Justiça Federal de Belo Horizonte/MG, obtendo a declaração judicial de inconstitucionalidade das Leis nos 7.689/88 e 7.738/89, que criaram a Contribuição Social Sobre o Lucro, exação ora objeto do presente Auto de Infração;

b) A sentença de Primeira Instância que reconheceu dita inconstitucionalidade foi proferida em 28/12/89, sendo posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no dia 30/10/1991. Dita declaração de inconstitucionalidade transitou em julgado em 04/02/92. Faz-se necessário frisar que os pedidos constantes na referida ação tiveram como fundamentação a inconstitucionalidade dos dispositivos legais supracitados que, de fato, foi declarada pela referida decisão judicial transitada em julgado.

c) Contudo, mesmo diante da coisa soberanamente julgada, a Secretaria da Receita Federal resolveu exigir da Impugnante as ditas contribuições, como o faz agora. Na qual vem exigindo não só a contribuição social, mas como também os juros de mora, mais multa proporcional e ainda a multa isolada, quando sabidamente o crédito não só é inexistente como, ainda que o fosse, se encontra com sua exigibilidade duplamente suspensa.

d) Para evitar, portanto, a ocorrência de tais dissabores, para que então fosse afastada toda e qualquer exigência referente a Contribuição Social Sobre o Lucro, foi que a Impugnante não viu alternativa que não ajuizar a competente Ação de Mandado de Segurança;

e) Deste modo, foi que a Impugnante juntamente com outra pessoa jurídica, conforme lhe autoriza o ordenamento Pátrio, em 05 de julho de 1999, impetrou ação de mandado de segurança contra o então Delegado da Receita Federal de João Monlevade, Processo nº 1999.38.00024680-0, que foi distribuído para o Juízo da 5ª Vara Federal;

f) O pedido feito na referida ação foi o seguinte: *"Isto posto, as Impetrantes requerem que V.Exa. digne-se a conceder a medida liminar, nos termos em que requerida acima, ou seja, para afastar o ato da Autoridade Coatora, para que a mesma deixe de cobrar os valores referentes à contribuição social criada pelas leis 7.689/88 e 7.738/89, tornando sem efeito os avisos de cobrança recebidos pelas Impetrantes e determinando que se abstenha de cobrar quaisquer valores futuros referentes à contribuição social hostilizada. E, por fim,*

requerem que processada a presente Medida na forma da lei, seja, ao final, julgada procedente no seu mérito pelos fundamentos e termos apresentados, declarando-se a ilegalidade da cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro para as Impetrantes, uma vez que as mesmas obtiveram decisões judiciais já soberanamente transitadas em julgado isentando-as de tal recolhimento;

g) Com base, portanto, nestas razões de decidir, o Ilustre Juiz Monocrático, resolveu conceder parcialmente a segurança impetrada para que a autoridade administrativa abstenha-se de cobrar os valores referentes à Contribuição Social sobre o Lucro, pelo perfil traçado pelas Lei 7689188 e 7738/99, anulando assim os lançamentos efetuados com base na referida legislação;

h) Diante do inconformismo da brilhante decisão prolatada, a Fazenda interpôs Recurso de Apelação, que por sua vez, como se observa pela certidão em anexo, foi recebido apenas e tão somente sob o efeito devolutivo;

i) Cumpre observar que em sendo o recurso de apelação recebido apenas e tão somente sob o efeito devolutivo, os efeitos da liminar e da sentença estão vigentes. Importando dizer que o crédito ora lançado neste Auto de Infração encontra-se com a exigibilidade suspensa, a teor do que reza o artigo 151, inciso IV do CTN;

j) Mesmo estando com a exigibilidade do crédito suspensa, seja por força da medida liminar (inc. IV do art. 151 do CTN), seja por força do depósito do seu montante integral (inc. II do art. 151 do CTN), o Auditor Fiscal resolveu lavrar o presente Auto, sem, no entanto, suspender a exigência, por entender de modo equivocado que o depósito feito pela Impugnante não é integral, pois foi feito sem a devida multa de mora.

k) E assim sendo, sob o argumento de que os valores depositados são insuficientes para suspender o débito (...) porque foram efetuados em atraso e sem a multa de mora, entendeu por bem o fiscal em constituir o crédito com o acréscimo dos juros de mora, multa proporcional e multa isolada;

l) Alega também a ocorrência da decadência quanto ao crédito tributário de 1999, pois, de acordo com o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, o direito da Fazenda Pública de constituir o seu suposto crédito, quando se trata de lançamento por homologação, como é o caso do tributo em questão, é de cinco anos, contando-se da ocorrência do fato gerador;

m) quanto ao mérito, menciona o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança da CSLL (Leis nº 7.689/88 e 7.738/89), transcrevendo o artigo 5º, inc. XXXVI, da qual *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*, é o de tornar imutável e indiscutível a sentença (art. 467 do CPC). Ou seja, a coisa julgada faz lei entre as partes não podendo ser reavivada, ainda mais em sede administrativa;

n) quanto juros de mora, multa punitiva e multa isolada, afirma que o suposto crédito da Fazenda Nacional está com a exigibilidade do crédito duplamente suspensa, seja por força da medida liminar ainda vigente, seja por força do depósito do montante integral da exação;

o) Assim, estando o crédito com sua exigibilidade suspensa, não há falar na imposição dos juros moratórios, e muito menos nas multas proporcional e isolada por que não, há falar na existência da mora;

p) Tanto a medida liminar, quanto o depósito judicial, consoante reza o artigo 151, incisos II e IV do CTN, têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário;

q) Portanto, se o crédito encontra-se suspenso, pergunta-se onde reside a mora do contribuinte? Para esta pergunta, tem-se a seguinte resposta: Ora, se o crédito encontra-se com sua exigibilidade suspensa, logo, a obrigação não é exigível. Assim, a mora não existe, vez que o contribuinte não está com sua obrigação em atraso;

r) E quanto a aplicação da multa proporcional e a isolada o mesmo entendimento acima se aplica, pois que, inexistindo a mora, já que a Impugnante já se encontrava com a exigibilidade do crédito suspensa por força do disposto no art. 151, inc. IV do CTN quando resolveu depositar o valor do suposto crédito, dentro do prazo permitido e com os acréscimos da taxa SELIC, não há falar na exigência de tais multas;

s) Pois, ainda que supostamente, a liminar e a sentença venham a ser cassadas, o que no caso concreto não ocorreu, ainda assim o contribuinte tem o prazo de 30 (trinta) dias para recolher o valor discutido judicialmente, sem a imposição da multa de ofício;

t) Neste ínterim, vale conferir o artigo 63 da Lei 9.430/96 que, ao que tudo indica é do completo desconhecimento do Auditor-Fiscal, que em total arrepio do que reza a legislação pátria, ousou aplicar as multas proporcional e isolada, portanto, de ofício, quando a Impugnante ainda está resguardada sob o manto da medida liminar e decisão favorável, como acima demonstrado;

u) Em seu pedido, requereu seja decretada a decadência do direito de constituir o suposto crédito da CSSL no ano-calendário de 1999; como também para que (b) seja desconstituído o lançamento, por ser este improcedente consoante as razões argüidas.

Em decisão de primeira instância administrativa, a DRJ julgou parcialmente procedente, com a seguinte ementa:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO

TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/12/1999

SÚMULA VINCULANTE - EFEITOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA

A súmula vinculante editada pelo STF obriga a Administração Direta à adoção do entendimento nela fixado, a partir de sua publicação no órgão de imprensa oficial.

DECADÊNCIA.

De acordo com as normas contidas no CTN, nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a

decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º. Agora, se a pessoa jurídica, além de não efetuar o pagamento, nada informa ao Fisco, não há o que se homologar. Nesse caso, o sujeito passivo não tem qualquer participação no lançamento, que passa, assim, a se amoldar à modalidade de ofício, ganhando a Fazenda um prazo mais longo para constituir o crédito tributário, consoante a regra geral do artigo 173, I, do CTN.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/08/2005

CSLL - DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 por meio de súmula vinculante, cabe a aplicação da regra geral de decadência, prevista no CTN.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO CONHECIDA EM PARTE.

Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial, conhecida entretanto quanto a questionamentos que não fazem parte da discussão judicial.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. PREVENÇÃO.

A existência de medida liminar em mandado de segurança que suspende a exigibilidade de crédito tributário relativo a CSLL não impede o lançamento de ofício destinado a prevenir a decadência.

DEPÓSITO JUDICIAL APÓS O VENCIMENTO DO TRIBUTO. NÃO INCLUSÃO DA MULTA DE MORA. MULTA ISOLADA

Inaplicável à categoria depósito judicial a multa isolada prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996.

Lançamento Procedente em Parte”

Assim, ficou consignado na decisão:

- a) cancelamento do crédito tributário relativo aos períodos de apuração 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999 e 31/12/1999, pela decadência;
- b) cancelamento das exigências relativas às multas isoladas;
- c) cancelamento da exigência da multa proporcional;

d) manutenção dos lançamentos da CSLL relativos aos fatos geradores de 31/12/2001, 31/12/2002, 31/12/2003 e 31/12/2004 com a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários; e,

e) não conhecimento da impugnação quanto à matéria concomitante com o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.024680-0, citado no voto.

A contribuinte foi intimada da decisão em 08/09/2008, interpondo Recurso Voluntário em 06 de outubro de 2008, alegando em apertada síntese que:

a) Fato Novo — Julgamento proferido pela 7ª Turma do TRF 1ª Região confirmou a sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais (MS. 1999.38.00.024680-0), reconhecendo que assiste direito ao Recorrente de não recolher a CSLL por força do ficara decidido no Mandado de Segurança de nº 90.00.03733-6), uma vez que: a sentença concessiva no mandado de segurança faz coisa julgada material. Declarada a inexigibilidade da CSL e reconhecida a inconstitucionalidade das Leis nºs 7.689/88 e 7.738/89 pelo *decisum*, incabível o lançamento do tributo pelo Fisco;

b) Quanto ao não conhecimento da impugnação em relação à matéria *sub judice*, a ação de mandado de segurança foi ajuizada antes da lavratura do auto de infração. Logo, é impossível admitir a renúncia de algo que sequer existia;

c) Ora, admitir o simplório argumento de que a Recorrente teria renunciado a fase administrativa quando anteriormente ajuizara ação de mandando de segurança, é negar lhe a devida prestação administrativa, negando-se assim o cumprimento das garantias da ampla defesa e contraditório;

d) Deste modo, tem-se que o presente recurso também merece ser provido afim de que os autos seja remetidos a Turma Julgadora, para que esta aprecie os termos da Defesa por ela repudiada, a pretexto de renuncia de discussão na esfera administrativa, vez que a matéria nele trazida diz respeito a inexistência do fato gerador, ou seja, da hipótese de incidência para a Recorrente que tem em seu favor uma decisão de mérito que reconheceu a inexistência da obrigação jurídica tributária a fazer nascer a pretensão da Administração.

e) E mais, ainda que seja o caso de renuncia da esfera administrativa, o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade, tem-se que, a Fazenda Pública não pode constituir em definitivo o seu suposto crédito, uma vez que a exigibilidade do crédito tributário encontrasse suspenso pelo deferimento da liminar e dos depósitos realizados e a disposição do Juízo, nos autos do processo de nº 1999.38.00.024680-0, cuja sentença concessiva da ordem foi recentemente confirmada pela 7ª Turma do TRF-1ª Região;

f) Logo, no caso em que a Fazenda Pública está impedida de exigir o crédito tributário, nos termos do artigo 151, incisos II e IV do CTN, pela suspensão da exigibilidade deste, tem-se que ela também está impedida de constituir e inscrever o seu suposto crédito em dívida ativa, até que seja ulteriormente proferida decisão judicial nos autos em que se existência ou não da relação jurídica tributária que obrigue o Recorrente ao pagamento do tributo em questão;

g) Por fim, traz os mesmos questionamentos da impugnação quanto aos juros de mora;

h) Em seu pedido, requereu seja julgado procedente o Recurso Voluntário interposto, a fim de excluir do suposto crédito, os juros de mora, uma vez que não há falar em mora do Recorrente; como também para reconhecer que não houve renúncia tácita da Recorrente, remetendo-se assim os presentes autos a inferior instância para que a sua Impugnação seja apreciada. Na eventualidade de não acolhimento do referido pedido de baixa, requereu o provimento do Recurso por este E. Conselho.

Este é o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rafael Correia Fuso

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso deve ser conhecido.

Quanto à questão da concomitância da ação judicial com o processo administrativo, vislumbro que a decisão recorrida merece reparos, não porque reconheceu a concomitância, mas em razão do fato de ter deixado de aplicar a coisa julgada material quanto à incidência da CSLL com base na Lei n.º 7.689/88, utilizada pelo Auditor Fiscal na realização do lançamento.

Corroborando com o nosso entendimento a ementa abaixo transcrita, proferida nos autos da Ação Judicial nº 1999.38.00.024680-0, proposta pelo contribuinte para ver resguardado o seu direito de não ser compelido ao recolhimento da CSLL com base na Lei n.º 7.689/88, apontando em seu pedido as cobranças feitas pela fiscalização:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — CSL. LEIS NºS 7.689/88 E 7.738/89. PRELIMINAR AFASTADA. COISA JULGADA MATERIAL RECONHECIDA. LANÇAMENTO COM BASE EM DECLARAÇÃO POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO STF. ILEGITIMIDADE.

1. A sentença concessiva no mandado de segurança faz coisa julgada material. Declarada a inexigibilidade da CSL e reconhecida a inconstitucionalidade das Leis n's 7.689/88 e 7.738/89 pelo decisum, incabível o lançamento do tributo pelo Fisco, com base nesses diplomas legais.

2. O posterior reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos pelo STF, não autoriza a reapreciação da matéria por meio de outra ação, salvo a ação rescisória, na forma do art. 485 do CPC. Prevalência da coisa julgada material. Precedentes do STJ.

3. Apelação da UNIÃO e remessa oficial não providas.

(Relator(A) : Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, Apelante : Fazenda Nacional, Procurador : Jose Luiz

Gomes Rolo, Apelado : Empresa Mineira de Terraplenagem Ltda E Outro(A), Advogado : Marcela Bastos Notini E Outro(A), Remetente : Juízo Federal Da 5ª Vara – Mg)”

Nestes termos, considerando que a regra-matriz de incidência da CSLL é trazida pela Lei nº 7.689/88, sendo esta regra afastada pelo Poder Judiciário nos autos do Mandado de Segurança nº 89.00.01617-2, que tramitou perante a sétima Vara da Justiça Federal de Belo Horizonte, Minas Gerais, cumpre reconhecer os efeitos da coisa julgada nos autos do processo administrativo em julgamento.

Cabe transcrever inclusive parte da ementa da decisão proferida pela Desembargadora Eliana Calmon, à época, julgadora do TRF da Primeira Região, nos autos do Mandado de Segurança nº 89.00.01617-2:

(...)

4 - A lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988, por outro lado, não poderia instituir contribuição social, pois o novo sistema tributário ainda não estava em vigor, ex vi do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu que o sistema tributário entraria em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição - 12 de março de 1989. Infringência, por conseguinte, ao princípio da irretroatividade.

5 - Violou, outrossim, a lei 7.689/88 o art. 165, § 5 2 , inc. II, da CF/88, ao determinar, em seu art. 62, que a contribuição social será administrada e fiscalizada pela Secretaria da Receita Federal, quando diante do preceito constitucional (art. 165, § 52, inc. III), a sua arrecadação deveria integrar o orçamento da seguridade social.

6. A lei 7.689/88 é inconstitucional, em razão, pois, de ter infringido os arts. 010 146, inc. III; 154, inc. 1; 165, § 5 2 , inc. III; e 195, §§ 42 e 62, da Constituição Federal de 1988.

A instituição da regra matriz de incidência da CSLL é facilmente identificada quando se depara com artigos da Lei nº. 7689/88:

“Art. 1º Fica instituída contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base;

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda;

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base.

§ 2º No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no período de 1º janeiro a 31 de dezembro de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.

Art. 4º São contribuintes as pessoas jurídicas domiciliadas no País e as que lhes são equiparadas pela legislação tributária.”

A regra (fundamento de validade) afastada pelo Poder Judiciário e utilizada pela fiscalização é a mesma, não obstante a edição de outras regras complementares, como o Art. 10; alínea "d" do parágrafo único do art. 11 e inciso II do art. 23 da Lei nº 8.212/91; Arts. 9º e 11 da Lei Complementar nº 70/91; Art. 19 da Lei nº 9.249/95; Art. 28 da Lei nº 9.430/96; Art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições; Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

Ademais, se o lançamento fiscal está fundado em uma regra que foi declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário através do controle difuso e essa mesma regra é utilizada para fins de determinação da base de cálculo do imposto exigido, então o lançamento fiscal está eivado de vício material, devendo ser cancelado em razão dos efeitos da coisa julgada.

Se tivesse a fiscalização efetuado o lançamento fiscal com base apenas nos dispositivos complementares que trata da CSLL, onde com um esforço semântico até se consegue constituir a regra matriz de incidência dessa contribuição, certamente não existiria vício no lançamento fiscal. Porém, isso não foi feito e o fundamento de validade usado pelo auditor vem de encontro com aquilo que já fora decidido pelo Poder Judiciário de forma favorável ao contribuinte.

Por fim, quanto aos juros, diante da insustentabilidade do lançamento fiscal, não poderão ser cobrados, mesmo em razão da ausência de depósito de valores com multa na ação judicial (depósito integral), visto os efeitos da coisa julgada material e forma prolatada pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, CONHEÇO DO RECURSO ofertado, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, em razão da coisa julgada material quanto à CSLL (Lei n.º 7.689/88).

Rafael Correia Fuso - Relator

(documento assinado digitalmente)

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Redator Designado

Como bem explicado pelo Relator, o crédito tributário ora em litígio teve origem na falta de pagamento e declaração da CSLL relativa aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2001, 31/12/2002, 31/12/2003 e 31/12/2004. No auto de infração o ilícito foi assim capitulado:

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88;

Art. 10; alínea "d" do parágrafo único do art. 11 e inciso II do art. 23 da Lei nº 8.212/91;

Arts. 9º e 11 da Lei Complementar nº 70/91;

Art. 19 da Lei nº 9.249/95;

Art. 28 da Lei nº 9.430/96;

Art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99.e suas reedições;

Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

Alega a recorrente que o não recolhimento da CSLL está amparado em decisão judicial proferida nos autos do mandado de segurança nº 89.00.01617-2, impetrado com vistas a que a fazenda Pública se abstivesse de cobrar a contribuição com base na Lei nº 7.689/88. A citada decisão transitou em julgado no dia 04/02/1992.

Argumenta ainda a interessada que, tendo em vista a exigência da CSLL referente ao ano-calendário de 1996, impetrou novo mandado de segurança para que o Fisco respeitasse a coisa julgada material contida no MS antes mencionado. A segurança foi parcialmente deferida em primeira instância (processo nº 1999.38.00.024680-0), tendo o TRF da 1ª Região mantido a decisão do juízo *a quo*.

Ao examinar os autos do presente processo administrativo, o Relator entendeu que deveria ser observada a coisa julgada material quanto a não incidência da CSLL com base na Lei nº 7.689/88, utilizada pelo Auditor Fiscal na realização do lançamento.

Explicou ainda que as demais normas legais presentes no enquadramento legal da infração não sustentam a exigência, pois não veiculam a regra matriz de incidência da CSLL.

Pois bem, com respeito ao entendimento do Relator, a meu ver, mesmo olvidando o art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88, a regra matriz de incidência da CSLL pode sim ser construída com base nas demais normas legais contidas no enquadramento legal da infração, senão vejamos:

Lei nº 8.212/91:

Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta Lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais.

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

(...)

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

(...)

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

(...)

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22, são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

(...)

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990.

(...)

Lei nº 9.249/95:

Art. 19. A partir de 1º de janeiro de 1996, a alíquota da contribuição social sobre o lucro líquido, de que trata a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a ser de oito por cento.

(...)

Lei nº 9.430/96:

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei.

Medida Provisória nº 1.859-10/99:

Art.6º A contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, será cobrada com o adicional:

I - de quatro pontos percentuais, relativamente aos fatos geradores ocorridos de 1º de maio de 1999 a 31 de janeiro de 2000;

II - de um ponto percentual, relativamente aos fatos geradores ocorridos de 1º de fevereiro de 2000 a 31 de dezembro de 2002.

Parágrafo único. O adicional a que se refere este artigo aplica-se, inclusive, na hipótese do pagamento mensal por estimativa previsto no art. 30 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, bem assim às pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado.

(...)

Lei nº 10.637/2002:

Art. 37. Relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2003, a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, será de 9% (nove por cento).

(...)

Isso posto, tendo em vista que a mencionada decisão judicial transitada em julgado não impede que a exigência da CSLL seja realizada com base nas normas legais acima transcritas, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto