



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

Processo nº 16327.720009/2012-30
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-000.971 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2013
Matéria CSLL
Recorrente BANCO TOYOTA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional - antes ou após o lançamento do crédito tributário - com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem apreciação do mérito.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso em face da opção pela via judicial.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Processo nº 16327.720009/2012-30
Acórdão n.º **1401-000.971**

S1-C4T1
Fl. 354

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Cristiane Silva Costa e Jorge Celso Freire da Silva.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal de São Paulo I-SP.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

De acordo com o Auto de Infração, o crédito tributário lançado encontra-se com a exigibilidade suspensa por força de Depósito Judicial, no Mandado de Segurança 2008.61.00015339-4, tendo-se efetuado o lançamento para prevenir eventual decadência.

A autoridade fiscal apurou falta de recolhimento da CSLL relativos aos seguintes fatos geradores:

Fato gerador Valor

12/2008 - R\$1.325.663,40

31/12/2009 - R\$1.687.387,55

31/12/2010 - R\$3.342.171,38

DA IMPUGNAÇÃO

O contribuinte foi cientificado da autuação em 06/01/2012 (fl.188) e apresentou em 03/02/2012, a impugnação de fls. 190-199, acompanhada dos documentos de fls. 200-229, cujas alegações se resumem a seguir.

I -Dos Fatos

Alega o impugnante que a Medida Provisória nº 413/2008, por meio de seu artigo 17, alterou o artigo 3º da Lei nº 7.689/1998, majorando a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro líquido (CSLL) do setor financeiro em geral de 9% para 15%.

A majoração não poderia ter sido efetuada por meio da Medida Provisória, uma vez que a autorização fere frontalmente o princípio da isonomia entre contribuintes e foi autorizada somente pela Emenda Constitucional nº 20/98, a qual não poderia ser regulada por Medida Provisória.

Objetivando revestir de legalidade a inconstitucionalidade, a Medida Provisória nº 413/2008 foi convertida na Lei nº 11.727/08.

Afirma ser inexigível a contribuição social referida no auto de infração, primeiro em face de alíquota diferenciada e, ato contínuo, pela inegável inconstitucionalidade, bem como pela impossibilidade de regular matéria que foi objeto de Emenda Constitucional por meio de Medida Provisória.

II - Do Mérito.

Aduz o requerente que a justificativa de que a nova regulamentação se

originou da Lei 11.727/08, fruto da conversão da Medida Provisória nº431/88, não procede, sob pena de se violar o princípio da reserva da iniciativa. Sustenta que as duas espécies legislativas não podem ser equiparadas. Alega que a conversão de uma medida provisória inconstitucional em lei, como no presente caso, não resulta em uma lei constitucional, pois sua origem já estava eivada de vício.

Afirma o contribuinte que de um lado a Constituição autoriza no §9º do art 195, a instituição de alíquotas diferenciadas na incidência da Contribuição à Seguridade Social para determinadas pessoas jurídicas, de outro impõe, no parágrafo 5º de tal preceito constitucional e no art 194,V, que haja correspondência entre os valores arrecadados e a sua destinação.

Dai deriva a imperatividade da observância do Princípio da Referibilidade sempre que o legislador instituir a distinção de tratamento que lhe faculta o parágrafo 9º do art. 195 da carta maior.

Aduz que, no caso da majoração da alíquota estabelecida pela MP 413/2008, a causa desse tratamento distinto não decorre da necessidade de adequar a participação das pessoas jurídicas ali mencionadas no respectivo valor que demandam da Seguridade Social, em razão da atividade econômica, utilização de mão de obra, porte ou condição do mercado de trabalho (referibilidade).

Constata também a inconstitucionalidade decorrente da ofensa ao Princípio da Solidariedade, ou seja, além do mero propósito arrecadatório, essa alteração onerou exclusivamente as pessoas jurídicas previstas em seu artigo 17.

Observa o impugnante que o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da constitucionalidade da Lei nº 7.689/88, considerou-a como sendo tributo vinculado a determinada atuação estatal, jungido a princípios norteadores da imposição tributária.

Dentre os princípios constitucionais, sobreleva-se o atinente à isonomia, o qual tem sido ostensivamente afrontado pela legislação da Contribuição Social sobre o lucro, inclusive pela Medida Provisória nº 413 e Lei nº 11.727/08.

Aduz o interessado que considerando o período de 1(um) ano prescrito pela legislação vigente para fins de apuração da CSLL, cujo fato impositivo se dará em 31/12/2008, a majoração de alíquota de tal contribuição levada a efeito pela edição de MP nº413/08, convertida na Lei nº11.727/08, somente poderia produzir os efeitos pretendidos a partir do início do período de apuração subsequente ao atual, cujo dies a quo é 01/01/2009.

Por outro lado, argumenta que a CSLL está sujeita ao princípio da anterioridade nonagesimal. Portanto, ainda que se entenda que a Lei nº11.727/2008 convalida a inconstitucionalidade do artigo 17 da Medida Provisória nº413/2008, em virtude do aludido princípio da anterioridade específica, deveria começar a produzir efeitos somente sobre os fatos ocorridos a partir de 23 de setembro de 2008.

No MS 2008.61.00015339-4 (fls.30-62), o pedido de liminar foi indeferido (fls. 25-29), reconhecendo-se apenas o direito subjetivo ao depósito judicial. Em 17/02/2009, a segurança foi denegada (fls.99-103). Apelando o impetrante, os autos subiram ao TRF da 3ª Região, onde foi negado provimento à apelação, em 09/06/2011, conforme cópia de acórdão anexada (fls.161-169). Os autos encontram-se desde 27/04/2012, na Assessoria Judiciária da Vice Presidência do TRF da 3ª Região (fls.235-236).

É o relatório.

A DRJ NÃO CONHECEU da impugnação face à opção pela via judicial, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA.
CONCOMITÂNCIA.

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.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF, tentando afastar a súmula do CARF aplicada pela DRJ:

- Requer a nulidade do auto de infração por não sido apresentado os elementos necessários para constituição do crédito tributário por meio do lançamento, afrontando assim o artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como afastando por completo a incidência da Súmula nº. 1 do CARF, uma vez que a matéria que gera a nulidade do auto de infração não está sendo apreciada pelo Judiciário, assim, possibilitando a apreciação por esse Ilustre Conselho Administrativo de Recursos Fiscais..

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

Constato a existência de ação judicial em que o contribuinte insurge-se contra a elevação da alíquota da Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL das instituições financeiras, de 9% para 15%, prevista no art.17 da Medida Provisória nº 413/2008.

Constata-se, assim, que há coincidência entre o objeto do pedido judicial e presente auto de infração.

Dessa forma, em relação à matéria discutida em ação judicial dispõe o § único, do art. 38, da Lei nº 6.830/80, in verbis:

“Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.” (grifei)

A interposição de ação judicial produz um efeito capital que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto, como preceitua o citado dispositivo legal.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição de lei em sentido estrito.

O assunto é bastante pacífico não comportando maiores digressões, tendo sido inclusive sumulado em todos os Conselhos (Súmula 1º CC nº1), in verbis:

Súmula 1º CC 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. (DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006) .*

Por sua vez, em suas razões recursais tenta discutir novamente essa mesma matéria em sede administrativa por vias transversas. Notadamente o recurso inova na matéria pleiteando uma nulidade apenas como forma de contornar a súmula acima, o que já se poderia de antemão considerar como matéria preclusa, por não ter sido aventada na primeira instância.

Porém, cabe salientar que considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória acostada aos autos.

Outrossim, não há dúvida, como quer fazer crer a Recorrente quanto à base de cálculo consignada no auto de infração. O crédito tributário lançado corresponde à diferença da alíquota da Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL das instituições financeiras, de 9% para 15%, prevista no art.17 da Medida Provisória nº 413/2008. Tal valor encontra-se com a exigibilidade suspensa por força de Depósito Judicial, no Mandado de Segurança 2008.61.00015339-4, tendo-se efetuado o lançamento para prevenir eventual decadência.

. Estranho é na fase impugnatória o contribuinte deixa bem assente que entendeu cristalinamente essas questões e na fase recursal, apenas como meio transversal de se discutir a matéria de fundo levanta tais questionamentos.

Por todo o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso em face da opção pela via judicial.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto