



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

Processo nº 10680.008629/2003-09
Recurso nº 252.004 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.385 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de maio de 2010
Matéria PIS AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente MASSA FALIDA DE UNIAUTO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1998 a 28/02/2002

DECADÊNCIA PARCIAL.

Nos casos de lançamento por homologação aplica-se o artigo 150, § 4º do CTN, contando-se o prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador. Assim, o lançamento não pode alcançar fatos geradores ocorridos mais de cinco anos antes da data da notificação do auto de infração.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPUGNAÇÃO E RECURSO VOLUNTÁRIO. PRECLUSÃO. ART. 17 DO DECRETO 70.235/72.

O recurso voluntário é cabível contra a decisão de primeira instância, de modo que o âmbito válido de sua fundamentação naturalmente se circunscreve aos temas tratados no julgamento que pretende reformar. O recurso voluntário não pode inovar, veiculando novos argumentos de defesa que não foram apresentados na impugnação nem debatidos em primeira instância. Exceção feita apenas quanto a temas reconhecidamente de ordem pública, como é o caso da decadência e da prescrição.

PIS. EXCLUSÃO DO ISS - DA BASE DE CÁLCULO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. MATÉRIA SUMULADA.

Decidir quanto à exclusão do valor do Imposto sobre Serviços (ISS) da base de cálculo do PIS depende de juízo de inconstitucionalidade, para o qual este Tribunal Administrativo não detém competência. A antiga Súmula nº 2 do Segundo Conselho de Contribuintes foi ratificada por este Tribunal no sentido de que "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

Após a decretação da liquidação extrajudicial ou da falência não cabe a imposição de multa, seja de mora seja de ofício, por força do art. 18, "f", da Lei nº 6.024/74, bem como pela aplicação sistemática do art. 34 desta mesma Lei com o art. 23, p.u., III, do Decreto-Lei nº 7.661/45, combinados todos com a Súmula STF/565. Precedentes (RESP 532.539, DJ 16/11/2004; Acórdão CSRF/01-05.387j. 20/03/2006; Acórdão CSRF/01-05.389, j. 20/03/2006)

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA. APLICAÇÃO DE JUROS DE MORA. POSSIBILIDADE.

O art. 26 do Decreto-Lei nº 7.661/45 e o art. 18 da Lei nº 6.024/74 condicionam a fluência dos juros, após a decretação da liquidação extrajudicial ou da falência, à sobra de ativo depois do pagamento do principal. Ou seja, se depois do pagamento do principal ainda houver sobra de ativo, correrão e serão legalmente exigidos e pagos os juros. Precedentes (RESP 532.539, DJ 16/11/2004; REsp 761.755, DJ 27/08/2007).

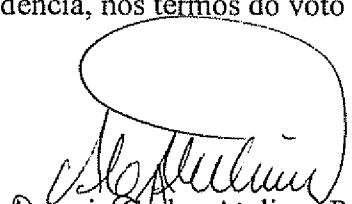
JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA Nº 2 DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

A aplicação da Taxa Selic para a atualização do crédito tributário é determinada em Lei, devendo a Administração Tributária observá-la, aplicando o referido índice. O órgão julgador administrativo não pode afastar a aplicação de dispositivo de lei em plena vigência, ao argumento de inconstitucionalidade, pois apenas o Poder Judiciário recebeu competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade de lei.

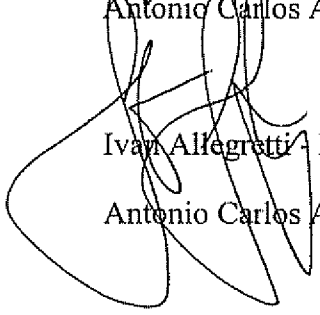
Recurso Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento o fato gerador de janeiro de 1998, em razão da decadência, nos termos do voto do Relator.



Antonio Carlos Atulim - Presidente



Ivan Allegretti - Relator

Antonio Carlos Atulim - Presidente

Ivan Allegretti - Relator

EDITADO EM 26/07/2010



Participaram do presente julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim. Ausente, ocasionalmente, o Conselheiro Domingos de Sá Filho.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado para a exigência de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) em relação aos fatos geradores ocorridos nos períodos de 01/1998, 02/1999 a 12/1999, 02/2000, 04/2000 a 02/2002 (fls. 5/16). A notificação aconteceu em 25/06/2003 (fl. 5).

A motivação do lançamento é a “divergência entre os valores declarados e os valores escriturados” (fl. 7), descrita de maneira analítica no Termo de Verificação Fiscal (fls. 19/23).

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 137/144) informando que se trata de entidade em fase de liquidação judicial, e que por isso deveriam ser retirados os juros e a multa contra ela aplicados, conforme se resume pela transcrição do seguinte trecho:

“Antes de mais nada, cumpre destacar-se que a dependente, desde 21.02.2002 encontra-se sob o regime da liquidação extrajudicial, fato publico e notório nesta Capital.

Nesta esteira, encontra-se a autuada sob a égide da Lei Federal nº 6.024/74, disciplinadora da atividade de entidades submetidas a regime de intervenção e liquidação extrajudiciais.

Referido diploma legal dispõe, em seu artigo 18, “d” e “f”, “in verbis”:

Art. 18. A declaração de liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

...

d) não fluência dos juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

...

f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.”

Adiante, em seu artigo 34, temos a seguinte disposição:

“Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de

1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz de falência, o Banco Central do Brasil ...”

(grifos nossos)

Por seu turno, o artigo 26, do Decreto-lei nº 7661/45, que disciplina o instituto falimentar, subsidiariamente aplicado ao procedimento da liquidação extrajudicial, nos termos do artigo retro transcrito, reza:

Art. 26. Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.

No mesmo sentido, ratificando o entendimento de não fluência de juros contra o passivo da massa liquidanda, dispõe o artigo 25, da Lei de Quebras:

Art. 25. A falência produz o vencimento antecipado de todas as dívidas do falido e do sócio solidário da sociedade falida, com o abatimento dos juros legais, se outra taxa não tiver sido estipulada.

Relativamente às multas ora impostas, na mesma esteira do entendimento de sua inaplicabilidade preceitua a Lei Falimentar:

Art. 23.

...

Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:

I - ...

II - ...

III – as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

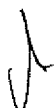
Incabível, pois a imposição das multas constantes do auto de infração ora impugnado, sendo pacífico, na jurisprudência, o entendimento de sua inaplicabilidade, tanto que a matéria já foi cristalizada em verbetes sumulares do SSTF, “in litteris”

Súmula 192 do STF (Multa fiscal): Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa.”

E, mais:

Súmula 565 do STF (multa fiscal moratória): A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.”

(...)Diante de tudo acima exposto, requer a impugnante sejam alijados do auto de infração as multas e juros então cominados equivocadamente.” (fls. 142/144).



A Delegacia da receita Federal de Julgamento de Belo Horizonte/MG (DRJ), por meio do Acórdão nº 02-11.907, de 2 de outubro de 2006 (fls. 165/169), negou provimento à impugnação, mantendo integralmente a autuação pelas seguintes razões, resumidas em sua ementa:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1998 a 28/02/2002

A legislação tributária garante a incidência da multa de ofício e dos juros de mora sobre os débitos de empresa em processo de liquidação extrajudicial.

De acordo com o disposto no art. 17 do PAF, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Lançamento Procedente

Promovida a notificação do acórdão no endereço do liquidante (fls. 183), foi recebido do Banco Central do Brasil o Ofício Deliq/Gtbha-2007/01613, de 27 de agosto de 2007 (fls. 184/185), informando que a liquidação tinha dado lugar à falência, decretada por sentença da Primeira Vara de Falências e Concordatas de Belo Horizonte, de modo que o liquidante foi dispensado de suas funções (Ato-Presi 1.060, de 1º de abril de 2004, fl. 188) e fora nomeado pelo Juízo um Administrador Judicial, indicando os seus dados.

Promovida a notificação do Administrador Judicial (fl. 197) foi então apresentado recurso voluntário (fls. 202/272), no qual se alega (a) a decadência em relação ao fato gerador 01/1998, (b) a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo promovido pela Lei nº 9.718/98, devendo ser excluída da base de cálculo os valores do Imposto sobre Serviços (ISS), (c) que “considerando-se que a Recorrente, a todo tempo, afirmou o pagamento a maior, e a compensação em períodos posteriores, faz-se imperiosa a realização de perícia técnica” (fl. 221), (d) a impossibilidade de cobrança de multa contra a massa falida, (e) a impossibilidade de cobrança dos juros em razão de sua condição de massa falida e a própria ilegalidade da aplicação da Taxa Selic, citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, requerendo ao final a exoneração da integralidade da exigência fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso é tempestivo (fls. 197 e 202), motivo pelo qual dele conheço.

I. A decadência parcial.

Por se tratar de matéria de ordem pública, e tendo em vista que a função precípua do contencioso administrativo é zelar pela legalidade das autuações fiscais, deve ser corrigido o lançamento que não atente para a decadência ou prescrição dos direitos envolvidos.

Neste caso concreto o prazo de decadência deve ser contado na forma prevista no artigo 150, § 4º do CTN, ou seja, a partir da data da ocorrência do fato gerador, uma vez que se tratar de lançamento por homologação - em que o contribuinte apura o tributo, declara e adianta o recolhimento.

Assim, o lançamento não poderia alcançar fatos geradores ocorridos mais de cinco antes da data da constituição do crédito tributário, que se concretiza no momento da notificação do auto de infração.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 25/06/2003 (fl. 5).

Por isso, deve ser excluído do lançamento os fatos geradores ocorridos antes de 25/06/1998, porque já haviam sido atingidos pela decadência quando do lançamento.

Neste caso, portanto, devem ser excluídos do auto de infração os créditos correspondentes ao fato gerador 01/1998.

Fica mantida a exigência quanto aos demais períodos, da competência 02/1999 em diante, pois não foram atingidos pela decadência.

II. Preclusão da discussão a respeito de fundamentos não apresentados na impugnação.

O recurso voluntário alega a necessidade de fazer perícia técnica porque a a recorrente teria afirmado a existência de pagamento a maior, como também alega a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo da Contribuição ao PIS, sendo que nenhuma destas duas matérias foram veiculadas na impugnação, não tendo sido por isso decididas pelo acórdão da DRJ.

Ora, o objeto do recurso voluntário é a reforma da decisão da primeira instância administrativa, de modo que não pode pretender inovar, veiculando novos argumentos de defesa que não foram apresentados na impugnação nem debatidos em primeira instância.

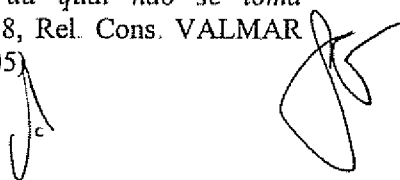
Neste caso, com efeito, a impugnação apenas combateu a aplicação dos juros e da multa, nada alegando ou provando em relação ao principal.

Ora, não há abertura para que o recurso voluntário pretenda discutir questões que não foram veiculadas na impugnação nem discutidas em primeira instância.

Incidu no caso a previsão do art. 17 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal – PAF), no sentido de que “Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”, não cabendo assim a inovação de argumentos de defesa no recurso voluntário.

É neste sentido o entendimento pacífico deste Tribunal, conforme ilustram os seguintes precedentes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL - NORMAS GERAIS - PRECLUSÃO - Questão não provocada a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo e somente vem a ser demandada na petição de recurso, constitui matéria preclusa da qual não se toma conhecimento. (...) (Acórdão 301-31788, Rel. Cons. VALMAR FONSECA DE MENEZES, j.15/04/2005)



NORMAS PROCESSUAIS - MATÉRIA NÃO ABORDADA NA INSTÂNCIA ANTERIOR - PRECLUSÃO - Considera-se preclusa a matéria que não foi objeto da impugnação e que, obviamente, não foi tratada na decisão recorrida. (...) (Acórdão 203-06788, Rel. Cons. MAURO WASILEWSKI, j. 12/09/2000)

PIS. PRECLUSÃO. De acordo com o art. 17 do Decreto nº 70.235/72, estão preclusas as questões não agitadas na peça impugnatória. Recurso não conhecido. (Acórdão 204-00003, rel. Cons. JORGE FREIRE, j. 12/04/2005)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRECLUSÃO TEMPORAL - Considera-se não impugnada a matéria não expressamente contestada na impugnação, estando, assim, preclusa. (...) (Acórdão 201-71201, Rel. Cons. EXPEDITO TERCEIRO JORGE FILHO, j. 08/12/1997)

PRECLUSÃO. O não questionamento pela contribuinte, quando da sua manifestação de inconformidade, de matéria, leva à consolidação administrativa desta parte, tornando precluso o recurso voluntário quanto a esta parte questionada. PROVAS. A prova documental será apresentada na impugnação (manifestação de inconformidade), precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo se demonstrada impossibilidade por motivo de força maior, refira-se a fato ou direito superveniente, ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Recurso especial negado. (Acórdão CSRF/01-05.778, Rel. Cons. MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO, j. 04/12/2007)

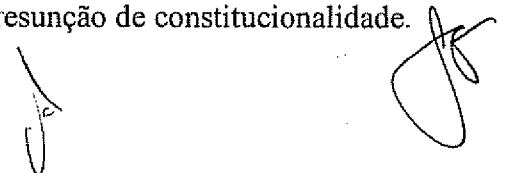
Em relação ao argumento da necessidade de perícia, também não lhe assiste razão pelo fato de estar fundado na mera alegação do contribuinte de que teria havido recolhimento a maior.

Ora, o ônus da prova incumbe a quem alega, de modo que era dever do contribuinte ter apresentado, ainda na impugnação – conforme expressamente exigido pelo artigo 16, III do PAF –, a prova do alegado recolhimento a maior.

A alegação vazia não é justificativa suficiente para a realização de perícia ou diligência, cuja necessidade teria de ter sido demonstrada e requerida ainda na impugnação, na forma do art. 16, §1º do PAF.

Em relação ao argumento de que o valor do Imposto sobre Serviços (ISS) teria de ser retirado da base de cálculo da Contribuição ao PIS, nota-se que está assentado em discussão quanto à constitucionalidade das Leis nº 9.718/98 e 10.637/2002, conforme fica claro nas razões apresentadas pelo contribuinte, inclusive com referência expressa a julgamento em andamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 240.785 e Ação declaratória de Constitucionalidade nº 18), ainda não concluído.

O CARF, por ser um tribunal administrativo, não tem competência para afastar a aplicação de uma lei em vigor, que goza de presunção de constitucionalidade.



Aliás, dispõe o art. 62 do Regimento Interno que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”.

A consolidação pelo CARF das Súmulas do Segundo Conselho de Contribuintes, divulgada pela Portaria nº 106, de 22 de dezembro de 2009, também deixa patente que “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Portanto, não cabe conhecer deste argumento também pelo fato de se sustentar depender de discussão quanto à constitucionalidade de lei.

Não conheço, pois, do recurso em relação a estes argumentos.

III. A impossibilidade de aplicação da MULTA contra entidade em liquidação extrajudicial ou falida.

O tratamento em relação à multa de mora é idêntico em relação às entidades em liquidação extrajudicial ou em relação às quais tenha sido decretada a falência, de modo que a alteração da situação, como ocorreu neste caso, da primeira para a segunda condição, não interfere na conclusão no sentido da não aplicação da multa.

Na hipótese de liquidação extrajudicial, o impedimento de aplicação de multa é extraído tanto do art. 18, “f”, da Lei nº 6.024/74, como pela aplicação sistemática do art. 34 desta mesma Lei com o art. 23, p.u., III, do Decreto-Lei nº 7.661/45, abaixo transcritos, sucessivamente:

Art. 18. A declaração de liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos: (...) f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

Art. 34. Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz de falência, o Banco Central do Brasil (...)

Art. 23.(...) Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência: (...) III – as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

Os referidos dispositivos de Lei impedem a aplicação de qualquer multa à empresa ou entidade que esteja submetida à liquidação extrajudicial ou em relação à qual tenha sido decretada a falência.

Perceba-se que o impedimento legal se aplica em relação à entidade, a partir do momento em que se decreta a liquidação extrajudicial ou a falência, não fazendo distinção entre fatos ocorridos antes ou depois da decretação.

Ou seja, o impedimento se aplica em razão da situação jurídica da entidade, não fazendo distinção quanto ao momento em que ocorreram os fatos ou a conduta sujeita à punição.



Também não há dúvida de que o termo “pena pecuniária” alcança toda modalidade de multa, inclusive a multa de mora e a multa de ofício.

A impossibilidade de aplicação de multa tributária contra as entidades sujeitas à liquidação extrajudicial ou em relação às quais tenha sido decretada falência, é entendimento cristalizado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se confere no seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. MULTA FISCAL MORATÓRIA, EXCLUSÃO. ART. 23, III, DA LEI DE FALÊNCIAS C/C ART. 34, DA LEI 6.024/74. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. ART. 26 DA LEI DE FALÊNCIAS.

I - Como já definiu a jurisprudência desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal, a multa fiscal moratória tem característica de pena administrativa. Neste panorama, é vedada a sua inclusão no crédito habilitado em falência e, por extensão, em face do artigo 34 da Lei nº 6.024/1974 que determina a aplicação subsidiária da Lei de Falências, também é interdita a inclusão de tal verba na liquidação extrajudicial.

II - O mesmo entendimento não se aplica aos juros de mora anteriores à decretação da liquidação-extrajudicial, os quais são devidos, bem assim os posteriores que somente serão excluídos se o ativo apurado for insuficiente para pagamento do passivo.

III - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 532.539/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 16/11/2004, RSTJ 193/122; grifos editados)

Também neste Conselho a matéria foi decidida, com o mesmo desfecho, pela Câmara Superior de Recursos Fiscais:

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO EM AUTO DE INFRAÇÃO –IMPOSIÇÃO POSTERIOR À DECRETAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL: Quando da lavratura de auto de infração exigindo tributo, ocorrida após a decretação de liquidação extrajudicial de instituição financeira, é inadequada a imposição da multa de ofício. Essa conclusão deflui do entendimento de que a liquidação extrajudicial é o sucedâneo administrativo da falência (Art. 34 da Lei nº 6.024/74) e diante do teor da Súmula nº 565 do Egrégio STF. Recurso Especial Negado. (Acórdão CSRF/01-05.389, Recurso de Divergência 107-127547, Rel. Cons. José Carlos Passuello, j. 20/03/2006; grifos editados)

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. - Incabível a exigência de multa de ofício em instituição financeira em liquidação extrajudicial. (Lei nº 6.024/74 art. 18 c/c 1º e 34. DL

nº 7.661/45, Sumulas nºs: 195 e 565 do STF). (Acórdão CSRF/01-05.387, Rel. Cons. José Clóvis Alves, j. 20/03/2006)

Forte nestas razões, entendo que deve ser excluída a multa aplicada.

IV. A possibilidade de aplicação de JUROS contra entidade em liquidação extrajudicial ou falida.

A recorrente também pleiteou a exclusão dos juros (Taxa Selic), argumentando que haveria impedimento de sua aplicação, tal como em relação à multa, em virtude de sua condição de liquidação extrajudicial, e depois pelo decreto de falência.

O tratamento jurídico dos juros é diferente daquele previsto para a multa.

Em relação aos juros o art. 26 do Decreto-Lei nº 7.661/45 e o art. 18 da Lei nº 6.024/74 dispõem o seguinte, sucessivamente:

Art. 26. Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.

Art. 18. A declaração de liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:(..) d) não fluência dos juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

(grifos editados)

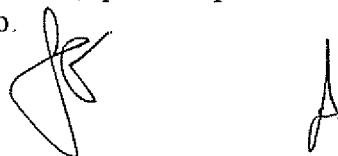
Como visto, os dispositivos não contêm um impedimento definitivo – como acontece em relação à multa –, mas estipulam uma condição para que não corram os juros: a sobra de ativo depois do pagamento do principal.

Depreende-se claramente dos referidos dispositivos que se depois do pagamento do principal ainda sobrar ativo, correrão e serão legalmente exigidos e pagos os juros.

Por isso que o precedente citado no item anterior, proferido pelo STJ, ao mesmo tempo em que exclui a multa, explica que “*O mesmo entendimento não se aplica aos juros de mora anteriores à decretação da liquidação-extrajudicial, os quais são devidos, bem assim os posteriores que somente serão excluídos se o ativo apurado for insuficiente para pagamento do passivo*” (REsp 532.539/MG, DJ 16/11/2004; grifos editados).

Este mesmo entendimento foi reiterado no julgamento do Recurso Especial nº 761.765, detalhando-se naquela assentada que “*A taxa SELIC é aplicável como sucedâneo dos juros de mora, motivo pelo qual, na execução fiscal contra a massa falida, a incidência da referida taxa deve seguir a mesma orientação fixada para a aplicação dos juros moratórios, qual seja: a partir de 1º de janeiro de 1996 e até a decretação da quebra, e, após esta data, apenas se o ativo for suficiente para o pagamento do principal, na forma do art. 26 da Lei de Falências*” (item 4 da ementa, AgRg no REsp 761.755/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 27/08/2007).

Assim, não há que se falar em exclusão dos juros de mora do auto de infração, pois apenas ao final da concretização da liquidação extrajudicial ou da falência é que se poderá definir, em cumprimento à Lei, quanto à possibilidade ou não de sua fluência, com a conseqüente exigência e pagamento.



V. Ilegalidade da Taxa Selic.

A recorrente também pretende a exclusão da taxa Selic ao argumento de que sua aplicação seria ilegal, estando em desacordo com a Constituição e com o Código Tributário Nacional.

Ocorre que a aplicação da taxa Selic é determinada pelo art. 13 da Lei nº 9.065/95 e pelo art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96 – dispositivos de lei que se encontram em vigor, não tendo sido revogados nem julgados inconstitucionais, sendo por isso de aplicação obrigatória pelos agentes fiscais, conforme exigido pelo art. 142 do CTN.

Com efeito, na medida em que a atividade do lançamento é estritamente vinculada à aplicação da lei, é dever do agente fiscal aplicar as normas vigentes.

A propósito da inviabilidade de este Tribunal Administrativo afastar a aplicação de uma lei que goza da presunção de constitucionalidade, faço minhas as razões de decidir do Conselheiro Antônio Zomer, proferidas no julgamento do Recurso Voluntário nº 128.259 (Acórdão nº 202-16.572, j. 19/10/2005):

“De outro lado, os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, de forma que às instâncias administrativas não é dado negar aplicação a dispositivos da legislação tributária, em decorrência de alegados vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Portanto, de acordo com a previsão contida nos incisos I, “a”, e III, “b”, do art. 102 da Constituição Federal de 1988, é na via judicial e não na administrativa que a recorrente deve apresentar sua inconformidade com a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic.

É neste sentido que se posiciona a jurisprudência administrativa dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bastando aqui citar o Acórdão nº 202-15.431, de 16/02/2004, cuja ementa tem o seguinte teor:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

O professor Hugo de Brito Machado, no livro Temas de Direito Tributário, Vol. (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 134), analisando esta questão, assim se posiciona:

Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CNT. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou

pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.

Ademais, não é na Lei nº 9.430/96 que se respalda a imposição da Taxa Selic como juros de mora, mas no art. 13 da Lei nº 9.065, de 20/06/1995, que assim determina:

Art. 13 A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do Art. 14 da Lei número 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo Art. 6º da Lei número 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo Art. 90 da Lei número 8.981, de 1995, o Art. 84, inciso I, e o Art. 91, parágrafo único, alínea "a 2", da Lei número 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Desta forma, estando fundada em lei constitucionalmente válida, mantém-se a exigência dos juros de mora, calculados pela taxa Selic, como consta do auto de infração impugnado.

De outro lado, a previsão do artigo 161, § 1º, do CTN não estabelece um limitador, como se pode verificar de sua própria redação:

“Art. 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.”

Fica claro que o dispositivo não veicula um limitador do percentual de juros aplicável, mas estabelece uma regra geral que seria aplicável caso não houvesse uma disposição específica em lei, dispondo de modo diverso.

Como visto, tanto a Lei nº 9.065/95 como a Lei nº 9.430/96 cumprem este papel, dispondo no sentido da aplicação da taxa Selic.

A alegação de inconstitucionalidade destas leis necessariamente teria de ser feita por meio de ação judicial, tendo em vista que apenas o Poder Judiciário tem competência para afastar a aplicação de dispositivo de lei.

Repise-se que o CARF, por ser um tribunal administrativo, não tem competência para afastar a aplicação de uma lei em vigor, que goza de presunção de constitucionalidade.

Aliás, dispõe o art. 62 do Regimento Interno que *“Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”*.

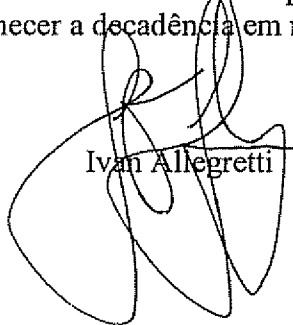
A consolidação pelo CARF das Súmulas do Segundo Conselho de Contribuintes, divulgada pela Portaria nº 106, de 22 de dezembro de 2009, também deixa patente que *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.



Por tais motivos, conclui-se pela legalidade da utilização da Taxa Selic.

VI. Conclusão.

Pelas razões expostas, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para reconhecer a decadência em relação ao fato gerador 01/1998 e para a exclusão da multa.


Ivan Allegretti

