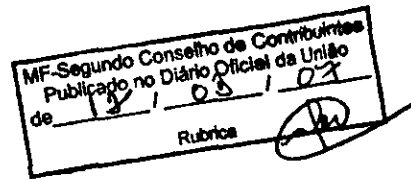




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.002084/2004-39
Recurso nº : 128.532
Acórdão nº : 203-10.742



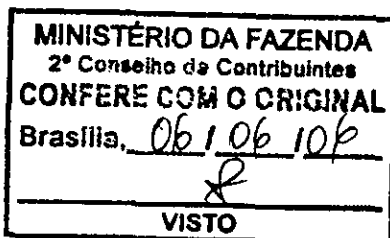
Recorrente : MOTOROLA INDUSTRIAL LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. A eleição da via judicial anterior ou posterior ao procedimento fiscal importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

NORMAS PROCESSUAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS SUSPENSIVOS. INOCORRÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA. No mandado de segurança os embargos de declaração não são recebidos com efeitos suspensivos, porque a sentença deve ser executada de imediato. Assim, na situação de sentença de primeiro grau favorável ao contribuinte, seguida de reforma em segunda instância que lhe é contrária, os embargos de declaração por ele interpostos contra a segunda não mantêm suspensa a exigibilidade do crédito tributário, pelo que no lançamento efetuado após a reforma deve ser exigida a multa de ofício, descabendo aplicar o art. 63 da Lei nº 9.430/96.

COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO. JUROS DE MORA. Os juros de mora somente não são devidos quando da existência de depósito. A utilização da taxa SELIC como juros moratórios, decorre de expressa disposição legal, sendo devidos por representar remuneração do capital, que permaneceu à disposição da empresa, e não guardar natureza de sanção.

Recurso não conhecido em parte face à opção pela via judicial e negado na parte conhecida.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
MOTOROLA INDUSTRIAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em parte, face à opção pela via judicial; e na parte conhecida, pelo voto de qualidade, em negar provimento. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López (Relatora), Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Mauro Wasilewski (Suplente). Designado o Conselheiro Emanuel Carlos



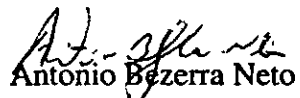
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.002084/2004-39
Recurso nº : 128.532
Acórdão nº : 203-10.742

Dantas de Assis para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral pela recorrente a Drª Simone Ranieri Arantes.

Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 2006.

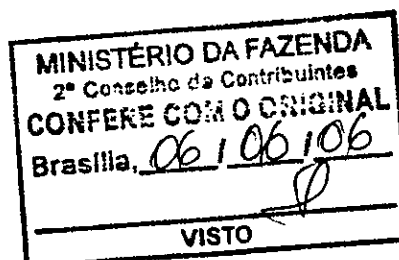

Antonio Bezerra Neto
Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Mônica Monteiro Garcia de Los Rios (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742

MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 06/10/06 VISTO
--

2º CC-MF Fl. _____

Recorrente : MOTOROLA INDUSTRIAL LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de fevereiro/2003 a dezembro/2003.

Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância o que a seguir reproduzo:

RELATÓRIO

Trata o presente processo de auto de infração de fls. 112/118, lavrado contra a contribuinte por falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativamente ao período de fevereiro/2003 a dezembro/2003, no montante total de R\$ 15.802.486,94.

2. No Termo de Verificação Fiscal, às fls. 107/111, o auditor fiscal, ao expor as razões que levaram à lavratura do auto de infração, informa que:

2.1. para os períodos de apuração que se estendem do mês de fevereiro/2003 ao mês de dezembro/2003, a contribuinte deixou de declarar em DCTF e, conseqüentemente, recolher valores relativos à Cofins apurada segundo a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998;

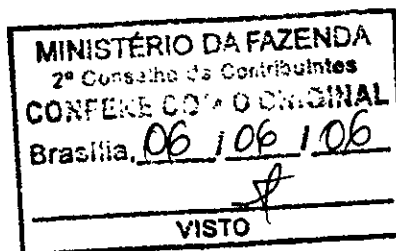
2.2. a contribuinte impetrou mandado de segurança contra a União, com pedido de concessão de medida liminar, para que lhe fosse reconhecido o direito de não se sujeitar ao recolhimento da Cofins apurada de acordo com as regras preceituadas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998. A liminar foi concedida em 16/01/2001, autorizando a impetrante a promover o cálculo e o recolhimento da Cofins sobre a antiga base de cálculo, assim definida pela Lei Complementar 770 e 70/91, devendo a autoridade impetrada eximir-se de aplicar-lhe sanções por assim proceder. A sentença de 1ª instância foi exarada em 24/10/2001, julgando procedente o pedido e concedendo a segurança, tão-somente para restringir o conceito de faturamento aos parâmetros fixados nesta decisão. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 03/12/2003, deu provimento ao recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional e, posteriormente, em acórdão publicado em 16/04/2004, rejeitou os embargos de declaração opostos pela impetrante, de acordo com a Certidão de Objeto e Pé acostada aos autos à fl. 94;

2.3. as bases de cálculo relativas a outras receitas operacionais foram apuradas a partir de informações fornecidas pela contribuinte.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742



2º CC-MF
Fl.

3. Regularmente cientificada do auto de infração, em 12/05/2004, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 121/139, em 11/06/2004, alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1. contra o acórdão do TRF 3ª Região que deu provimento à apelação da Fazenda Nacional, foram interpostos embargos de declaração, que suspenderam a eficácia do acórdão que havia reformado a sentença de primeiro grau. Em 16/04/2004, foi publicado no Diário da Justiça da União o acórdão que julgou os embargos de declaração, sendo esta a data a partir da qual ficou legalmente superada a medida liminar e a sentença que haviam sido obtidas em primeira instância;

3.2. mesmo tendo trinta dias de prazo, a partir da publicação do acórdão dos embargos de declaração, para recolher o tributo ou depositar em juízo a quantia discutida nos autos do mandado de segurança, o auditor fiscal lavrou o auto de infração, em 12/05/2004, isto é, seis dias antes de decorrer o prazo previsto legalmente, com imposição de multa de ofício e juros de mora, sem observar, portanto, o disposto no art. 63, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

3.3. é forçoso concluir, a partir do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, que: (i) mesmo após a cassação da medida liminar, se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tiver sido concedida antes de qualquer procedimento fiscal, na forma do inciso IV, do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), e estiver vigente à época dos fatos geradores fiscalizados, não há que se falar na aplicação de multa de ofício; (ii) dentro do prazo de trinta dias para pagamento, não há que se falar em aplicação de nenhuma penalidade, inclusive juros e multa de mora;

3.4. a inovação trazida pela Lei nº 9.718, de 1998, em relação ao conceito de faturamento, entendido como receita bruta da pessoa jurídica, é ilegal e inconstitucional, uma vez que infringe dispositivo do CTN (lei complementar), bem como princípios e dispositivos da própria Constituição Federal. Importante ainda ressaltar que a ilegalidade e a inconstitucionalidade dos dispositivos dessa lei já são objeto do Mandado de Segurança nº 2001.61.05.000297-6, impetrado perante a Justiça Federal da 3ª Região em Campinas;

3.5. não se pode alegar que este Órgão Julgador não teria competência para analisar as alegações relativas à Lei nº 9.718, de 1998, posto que exclusivamente constitucional. Isso porque essa lei também é manifestamente ilegal, por ferir dispositivo do CTN, isto é, o art. 110.

Por meio do Acórdão DRJ/CPS nº 7.478, de 16 de setembro de 2004, os julgadores da 5ª Turma da DRJ em Campinas, por unanimidade de votos, julgaram procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

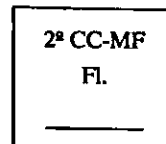
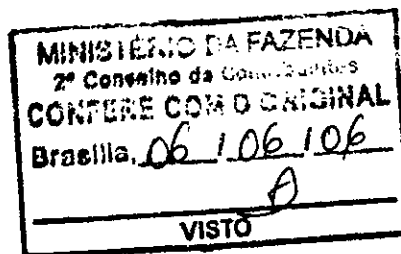
Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2003

Ementa: § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996. Prazo. Início. Recurso Judicial. O prazo de trinta dias previsto no § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, tem início a partir da data da publicação da decisão judicial que



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742



considerar devido o tributo ou contribuição, e não a partir da publicação da decisão judicial que rejeitar recurso interposto pela interessada.

Processo Administrativo e Judicial. Renúncia. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.

Lançamento Procedente.

Inconformada com a decisão prolatada a contribuinte apresenta recurso onde reitera os argumentos apresentados em sua impugnação. Em apertada síntese e fundamentalmente alega PRELIMINAR de nulidade do auto de infração eis que o prazo de trinta dias previsto no § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, somente se iniciaria em 16/04/2004, isto é, na data da publicação no DJU do acórdão da Sexta Turma do TRF 3ª Região que rejeitou os Embargos de Declaração interpostos pela autuada. No MÉRITO, insurge-se contra a legalidade e a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário quando da impetração do Mandado de Segurança nº 2001.61.05.000297-6 (fls. 9/20). Aduz que a decisão citada pela Delegacia de Julgamento errou quando transcreveu um acórdão proferido pelo STJ (RESP nº 250.304/RS) eis que o mesmo acórdão foi totalmente modificado pela primeira Turma do STJ, em 2001, por meio de Embargos de Declaração, conforme ementa e excertos que transcreve nos autos.

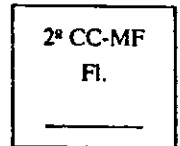
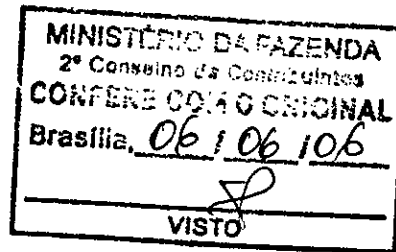
Consta dos autos que a contribuinte apresentou depósito administrativo no valor de 30% da exigência fiscal.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.002084/2004-39
Recurso nº : 128.532
Acórdão nº : 203-10.742



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

Preliminarmente, a contribuinte alega a nulidade do auto de infração eis que o prazo de trinta dias previsto no § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, somente se iniciaria em 16/04/2004, isto é, na data da publicação no DJU do acórdão da Sexta Turma do TRF 3ª Região que rejeitou os Embargos de Declaração interpostos pela autuada. Muito embora a matéria seja tratada como preliminar pela contribuinte, passo à sua análise como sendo de mérito.

No mais, insurge-se a contribuinte contra a legalidade e a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário quando da impetração do Mandado de Segurança nº 2001.61.05.000297-6 (fls. 9/20); e inaplicabilidade dos consectários legais.

Passo à análise das matérias:

i- Do lançamento - Possibilidade

Penso que duas situações podem ser observadas. A primeira, diz respeito ao lançamento, e sob este aspecto, a suposta nulidade do auto de infração. A segunda refere-se aos efeitos produzidos pelos embargos de declaração apresentados pela autuada, matéria esta que deverá ser tratada, não como uma preliminar, e sim como mérito, na parte conhecida.

No que se refere aos argumentos de ser indevido o lançamento em razão de ter ação judicial, verifica-se estar incorreto o entendimento externado pela recorrente. A interposição de ação judicial, seja qual for a modalidade, não têm o condão de impedir o fisco de efetuar o lançamento de ofício, uma vez que essa atividade é vinculada e obrigatória, inclusive sob pena de responsabilidade funcional, tal como disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, no presente processo pela falta de recolhimento de contribuição social.

Nesse sentido, consta do voto do ilustre Relator Jorge Freire (Recurso nº 106.578) quando de sua manifestação sobre o assunto, da qual incorporo às minhas razões de decidir, o seguinte;

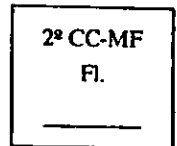
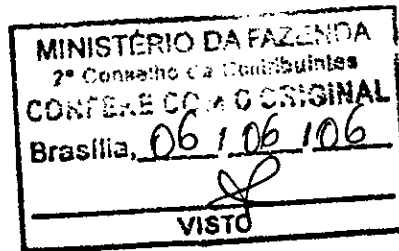
"É estreme de dúvidas que o lançamento, com a ocorrência do fato gerador e conseqüente nascimento da obrigação tributária, é o marco inicial para que se possa exigir o cumprimento desta obrigação ex lege. A relação jurídica tributária, como ensina Alfredo Augusto Becker¹, nasce com a ocorrência do fato gerador, irradiando direitos e

¹ BECKER, Alfredo Augusto. "Teoria Geral do Direito Tributário", 2ª ed., Ed. Saraiva, p. 311/314.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.002084/2004-39
Recurso nº : 128.532
Acórdão nº : 203-10.742



deveres. Direito de a Fazenda Pública receber o crédito tributário e dever do sujeito passivo prestá-lo. Todavia, esta relação pode ter conteúdo mínimo, médio e máximo. Na de conteúdo mínimo o sujeito ativo e o passivo estão vinculados juridicamente um ao outro, tendo aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter direito à prestação, ainda não é poder exigi-la (pretensão). É o que ocorre com o nascimento da obrigação tributária, sem ainda haver o lançamento. Com a incidência da regra jurídica tributária sobre sua hipótese de incidência nasce a obrigação tributária (o direito), mas esta sem o lançamento ainda não pode ser exigida (inexiste pretensão). Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio há a pretensão (a partir do lançamento), mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal."

Assim, caso não pudesse o Fisco lançar, acarretaria a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que, convenhamos, não faz sentido.

Nesse sentido o entendimento do Judiciário através do STJ, conforme Aresto² relatado pelo Ministro Ari Pargendler, cujo excerto a seguir transcrevo:

"... O imposto de renda está sujeito ao regime do lançamento por homologação. Nessas condições, a Impetrante pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial, desde que se sujeite a eventual lançamento 'ex officio'. Na verdade, através deste mandado de segurança, ela quer evitá-lo. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal obrigatório (CTN, art. 142), subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico ('solve et repete', depósito da quantia controvertida, etc.). O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174)" -- sublinhamos.

Portanto, dúvida não há quanto à legalidade da atividade fiscal, restando desprovida a alegação do contribuinte de suposta ilegalidade no procedimento adotado.

ii- Da matéria discutida no Judiciário - renúncia administrativa

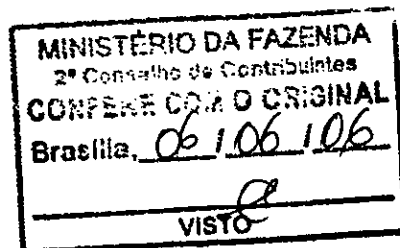
Os argumentos da recorrente questionando a legalidade e a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, são, como ela própria afirma, os mesmos colocados à apreciação do Poder Judiciário quando da impetração do Mandado de Segurança nº 2001.61.05.000297-6 (fls.

² Rec. em MS 6096 - RN - 95.41601-8, julgado em 06/12/95, publicado no DJU em 26/02/96. No mesmo sentido, Recurso em MS 6.511-DF (95.65406-7), julgado em 14/03/96, DJU de 15/04/96, também relatado pelo Ministro Ari Pargendler.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742



2º CC-MF
Fl.

9/20). Verifica-se claramente, que a contribuinte busca concomitantemente junto ao Poder Judiciário e à Administração Tributária, questionar a aplicação do referido comando legal.

Seguindo a jurisprudência já firmada nesta Câmara, a discussão na via judicial implica em renúncia à esfera administrativa (aplicação do artigo 38, § único, da Lei nº 6.830/80 e do Ato Declaratório Normativo nº 03/96).

A opção da recorrente em submeter o mérito da questão ao Poder Judiciário, antes de buscar a solução na esfera administrativa, tornou inócua qualquer discussão posterior da mesma matéria no âmbito administrativo, por força da soberania do Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional ao controle jurisdicional dos atos administrativos. Reitero o que já foi dito anteriormente, que o não impedimento da realização do lançamento, tem sua razão de ser; para que a Fazenda Nacional não fique posteriormente impedida de lançar o imposto, pela superveniência da “decadência”, decorrente da demora prolongada na solução de questão judicial.

Nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. O contencioso administrativo tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nesta situação, a Fazenda possui ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária, chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando, basicamente, evitar o posterior ingresso em juízo.

Nesse sentido, comprova o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

“32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

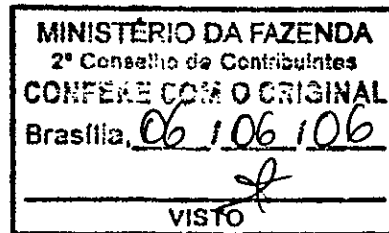
34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissibilidade de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742



2ª CC-MF
Fl.

36. *Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.*" (Grifos originais)

E mais, o Judiciário, através do STJ, ³ em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial).

Portanto, não cabendo a este Colegiado decidir de modo diverso ao proferido pelo Poder Judiciário, deixo de conhecer do recurso relativamente às matérias *sub judice*.

iii- Dos consectários legais: - efeitos dos embargos de declaração - suspensão da multa – aplicabilidade do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Conforme relatado:

2.2. a contribuinte impetrou mandado de segurança contra a União, com pedido de concessão de medida liminar, para que lhe fosse reconhecido o direito de não se sujeitar ao recolhimento da Cofins apurada de acordo com as regras preceituadas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998. A liminar foi concedida em 16/01/2001, autorizando a impetrante a promover o cálculo e o recolhimento da Cofins sobre a antiga base de cálculo, assim definida pela Lei Complementar 7/70 e 70/91, devendo a autoridade impetrada eximir-se de aplicar-lhe sanções por assim proceder. A sentença de 1ª instância foi exarada em 24/10/2001, julgando procedente o pedido e concedendo a segurança, tão-somente para restringir o conceito de faturamento aos parâmetros fixados nesta decisão. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 03/12/2003, deu provimento ao recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional e, posteriormente, em acórdão publicado em 16/04/2004, rejeitou os embargos de declaração opostos pela impetrante, de acordo com a Certidão de Objeto e Pé acostada aos autos à fl. 94;

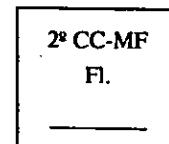
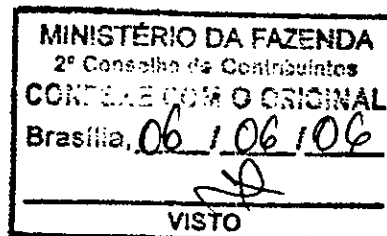
Alega a recorrente que o prazo de trinta dias previsto no § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, somente se iniciaria em 16/04/2004, isto é, na data da publicação no DJU do

³ (REsp 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91). Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – nº 23/95 – página 422.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.002084/2004-39
Recurso nº : 128.532
Acórdão nº : 203-10.742



acórdão da Sexta Turma do TRF 3ª Região que rejeitou os Embargos de Declaração interpostos pela autuada. O auto de infração foi lavrado com a multa de ofício em 10/04/2004.

O art. 63 da Lei nº 9.430/96 possui a seguinte redação:

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição. (destaque acrescido)

A lei processual não dispõe de maneira expressa sobre os “efeitos dos embargos de declaração”, recurso autorizado pelo art. 535 do Código de Processo Civil. Antônio Carlos Silva afirma que ⁴:

A interposição dos embargos de declaração adia a coisa julgada, não enseja a instauração de nova relação processual, depende de vontade da parte e tem por escopo impugnar uma decisão judiciária, visando principalmente o seu esclarecimento ou a sua integração e, em casos mais raros, até mesmo a reforma da decisão (efeitos infringentes).

Na verdade, as dificuldades residem quando analisamos as funções cognitivas e executivas da jurisdição. Isto porque enquanto o recurso é um remédio vinculado à atividade de cognição, os seus efeitos, principalmente o suspensivo, relacionam-se mais de perto com a atividade executiva.

Assim, pelo caráter prejudicial da cognição sobre a execução que os embargos de devedor ou de terceiros, têm o efeito de suspender o processo executivo (CPC, arts. 739, § 1º, 791, I e 1.052). ⁵ Outrossim, se os prazos ficam suspensos porque não os seus efeitos? Há uma prioridade lógica instalada entre o momento de cognição (embargos) e o momento da execução. Não se pode deixar de reconhecer a eficácia suspensiva dos embargos declaratórios porque subjetivamente as alterações possíveis que deles podem derivar são amplas e afetam não apenas o embargante, mas todos os sujeitos do processo.

Cabe lembrar que a lei exige para a execução, um título para demonstrar o seu direito em face do seu devedor, mas de um título que se revista de certeza, liquidez e exigibilidade (CPC, art. 586). Assim, mesmo que já se tenha sido proferido uma sentença, não será exeqüível se for genérica (faltarão a liquidez) ou for a condição ainda por implementar-se (faltarão a exigibilidade) ou estiver sob eficácia de recurso pendente (faltarão a certeza). Concluo pela suspensão, reconhecendo a eficácia suspensiva dos embargos declaratórios.

Com razão a recorrente aduz que a decisão citada pela Delegacia de Julgamento errou quando transcreveu um acórdão proferido pelo STJ (RESP nº 250.304/RS) eis que o

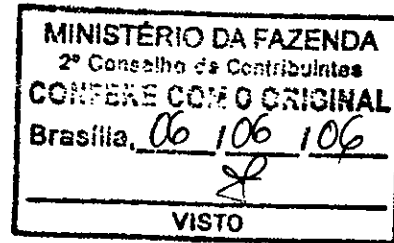
⁴ SILVA, Antônio Carlos. Embargos de Declaração no Processo Civil, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000, p.117

⁵ Em tais embargos, que são de conhecimento incidental à execução, promove-se uma impugnação ao título executivo ou aos atos de execução.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.002084/2004-39
Recurso nº : 128.532
Acórdão nº : 203-10.742



mesmo acórdão foi totalmente modificado pela primeira Turma do STJ, em 2001, por meio de Embargos de Declaração, conforme ementa e excertos que transcreve nos autos.

Para melhor visualização transcrevo excertos do relator Ministro José Delgado nos EDCL no REsp nº 250.304/RS.

Com razão, portanto, a recorrente quando afirma (fls. 371/375):

“2.1. Veja-se que a regra geral do sistema recursal do atual Código de Processo Civil é a da suspensividade, pois, à exceção dos recursos de agravo de instrumento, da apelação - nas limitadas hipóteses dos incisos I a V do art. 520 do CPC - do recurso extraordinário e do especial, todos os demais deverão ser recebidos pelo julgador no efeito suspensivo.

Neste sentido, o magistério de Nelson Nery Junior,

“(..) é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso”

Ainda o mesmo autor, em seu ‘Código de Processo Civil Comentado Ed. RT, 1996, p. 884, ao comentar as disposições gerais do Código aos recursos, ensina:

“As eficácias do efeito suspensivo se direcionam para a não executoriedade da decisão impugnada. O efeito suspensivo é dado como regra aos recursos, exceto quando a lei expressamente dispuser em contrário”

2.2 Portanto, com os Embargos de Declaração, mantiveram-se suspensos os efeitos do acórdão, até o julgamento desse recurso. E a certeza de tal afirmação decorre da própria legislação processual civil, pois, quando o legislador desejou retirar o efeito suspensivo de algum recurso, o fez de forma expressa. Neste sentido, os artigos 497 e 520 do CPC.

2.3 Este é, também, o entendimento de J C. Barbosa Moreira:

“O Código julgou necessário indicar, logo neste segundo dispositivo do Capítulo Das disposições gerais’ os casos em que a interposição de recurso não tem efeito suspensivo. E que a regra, na matéria, é a da suspensividade, como aliás ressumbra do tratamento dado, no particular, à apelação (cf art. 520). Por conseguinte, sempre que o texto silencie, deve entender-se que o recurso é dotado de efeito suspensivo: assim ocorre com os embargos infringentes. Esse já era aliás, o princípio no sistema do Código de 1939” (os grifos em itálico constam no original).

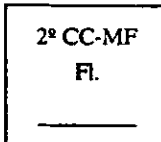
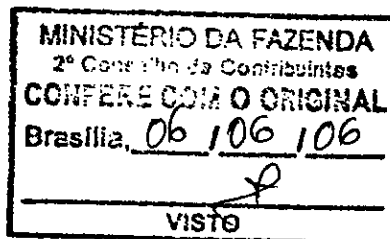
Referindo-se expressamente aos Embargos de Declaração, e esclarecendo que ocorre a suspensão não apenas do prazo para interposição de outros recursos, como também dos próprios efeitos da decisão embargada, (ao contrário, pois do que constou na decisão administrativa e do entendimento da União Federal), asseverou o Prof Barbosa Moreira:

“E certo que, nos arts. 465 parágrafo único, e 538, se dispõe expressamente que os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outro



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742



recurso. Mas aí se tratava de dar solução inequívoca a um problema específico, resultante da possibilidade de caberem dois recursos - o de embargos declaratórios e algum outro - contra a mesma decisão. Era preciso esclarecer se a parte teria de interpô-los simultaneamente, ou poderia deixar o outro para depois de julgados os embargos. A existência dos aludidos dispositivos não se explica, destarte, por uma necessidade de atribuir aos embargos efeito suspensivo em relação à eficácia da decisão embargada: tal efeito haveria de produzir-se mesmo que o Código não contivesse as renas dos arts. 465, parágrafo único, e 538 (os grifos em itálico constam no original)."

De igual forma se tem pronunciado diversos doutrinadores, como bem demonstra o seguinte excerto da obra de Alcides de Mendonça Lima:

"O Código de Processo Civil Brasileiro segue linha tradicional: normalmente, os recursos têm os dois efeitos; por dispositivo expresso, porém, somente serão recebidos no efeito meramente devolutivo (apelação - art. 520, segunda parte; agravo de instrumento - art. 497; e extraordinário - art. 543, § 1º. Quando nenhuma restrição é consignada, vale a regra geral (apelação nos demais casos - art. 520; embargos de nulidade e infringentes, e declaratórios)

A rigor não há casos omissos, porquanto a ausência de qualquer norma a respeito induz a regra geral da suspensividade do recurso sobre decisão impugnada (grifou-se).

No mesmo sentido, a lição de Nelson Nery Júnior:

"No sistema recursal do Código de Processo Civil Brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos devolutivo e suspensivo. A apelação, recurso ordinário por excelência, é recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), exceto nos casos enumerados nos incisos do art. 520, do CPC, e na hipótese descrita na primeira parte do art. 1.184, do CPC (sentença que decreta a interdição). São também recebidos no duplo efeito os embargos de declaração (arts. 465, parágrafo único e 538 do CPC) (...)."

2.4. A confirmação desses argumentos é respaldada, outrossim, pela própria dicção do parágrafo único, do artigo 538 do CPC, o qual determina que, sendo manifestamente protelatórios os embargos declaratórios, "(1) o juiz ou tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar uma multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada até dez por cento, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

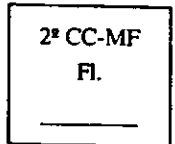
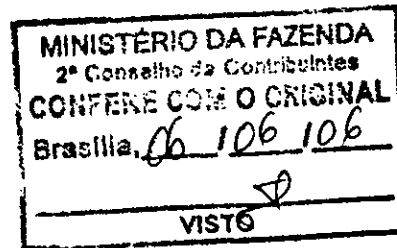
Ora, é justamente por sustarem, os Embargos, os efeitos da decisão embargada, que o legislador tomou o cuidado de estabelecer a punição pela má utilização do instituto. A título de exemplificação, cumpre transcrever a seguinte decisão do Pretório Excelso, mencionada por Teotônio Negrão:

" utilização dos embargos declaratórios com a finalidade ilícita e manifesta de adiar a efetividade de decisão pro ferida pelo Tribunal, em aberta tentativa de fraude processual, enseja o não conhecimento desses embargos e a concessão



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742



excepcional de eficácia imediata àquela decisão, independentemente de seu trânsito em julgado (...).

Está claro, portanto, que a punição se dá pelo adiamento ilícito da efetividade da decisão e não apenas do prazo para os recursos extraordinários. E este é o entendimento da mais alta Corte do País.

2.5. E se os efeitos do acórdão embargado estavam suspensos, a sentença de primeiro grau, concessiva da segurança, é que permanecia íntegra e produzindo efeitos, IMPOSSIBILITANDO, A TODA EVIDENCIA, A APLICAÇÃO DA MULTA DURANTE SUA EFETIVIDADE.

Cumpra ressaltar que, quando do julgamento dos embargos de declaração, o principal já havia sido vazo, via parcelamento, inclusive com a inclusão - indevida - de 20% do valor da multa para a liberação da moratória.

Enfim, por estarem, inequivocamente, suspensos os efeitos da decisão do TRF, A EMBARGANTE NÃO PODERIA TER SIDO AUTUADA E, MUITO MENOS, TER-LHE SIDO IMPOSTA A PENALIDADE EM REFERÊNCIA."

E conclui o Ministro José Delgado:

Em consequência de tudo quanto foi exposto, o Fisco não poderia ter lavrado os autos de infração contra a empresa, em face da decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4.a Região encontrar-se produzindo efeitos suspensivos por ter sido atacado por embargos de declaração.

Adoto parcialmente as razões expendidas no Acórdão, tão-somente quanto aos efeitos dos embargos de declaração. Entendo, como expus anteriormente, que o Fisco pode e deve constituir o lançamento por meio de auto de infração, ficando suspenso a execução, desde que presentes os pressupostos legais (art. 151 do CTN). Superada esta questão, quanto aos efeitos suspensivos produzidos pelos embargos de declaração, passo ao exame do observado pela autoridade julgadora, no item 9 a seguir reproduzido:

9. Por oportuno, cabe dizer que, não obstante a improcedência dessa alegação, esse argumento em nada socorreria a contribuinte, uma vez que esta não comprovou nos autos ter efetuado o recolhimento do tributo devido dentro do prazo de trinta dias que ela própria reivindica.

Penso que a análise da matéria deva se reportar à data do auto de infração realizado seis dias antes do término do prazo. Trata-se de questão de direito interporal. De fato, uma vez que o auto de infração se verificou no momento que inexistia a obrigação de depositar, penso pouco importar se após o prazo a recorrente não comprovar nos autos ter efetuado o recolhimento do tributo devido dentro do prazo de trinta dias que ela própria reivindica.

Assim, por todo o acima exposto, voto por excluir a multa de ofício.

Juros

No que diz respeito aos juros, inexistindo depósito, os mesmos são sempre devidos, conforme jurisprudência firme dos Conselhos de Contribuintes. Em verdade, o Fisco

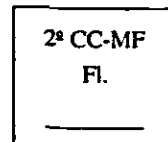
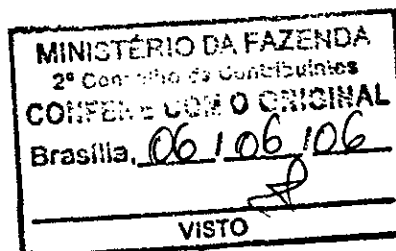


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.002084/2004-39

Recurso nº : 128.532

Acórdão nº : 203-10.742



exige ou paga ao contribuinte aquilo que a União paga para tal captação. Nesse sentido, “os juros” são devidos por representar remuneração do capital, que permaneceu à disposição da empresa, e não guardar natureza de sanção. Cabe lembrar que o art. 63 da Lei nº 9.430/96 refere-se somente à multa.

CONCLUSÃO

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de não conhecer em parte do recurso por opção à via do Judiciário. Na parte conhecida, dar provimento parcial somente para excluir a multa de ofício.

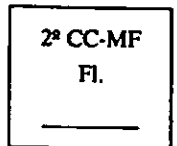
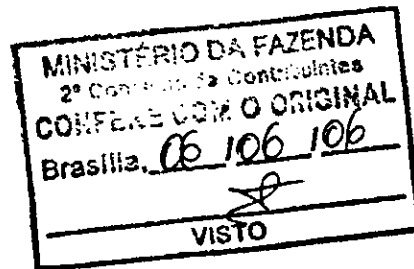
Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 2006.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.002084/2004-39
Recurso n° : 128.532
Acórdão n° : 203-10.742



VOTO DO CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS
RELATOR-DESIGNADO

Reporto-me ao relatório e voto da admirada relatora, para dela divergir com relação à multa lançada. A penalidade deve ser mantida porque, a meu ver, no Mandado de Segurança os Embargos de Declaração não possuem efeito suspensivo.

Na ação mandamental, ao contrário do que acontece nas demais ações judiciais, de regra os recursos têm efeito devolutivo, tão-somente. Como ensina parte da doutrina, "O mandado de segurança tem rito próprio e suas decisões são sempre de natureza mandamental, que repele o efeito suspensivo e protelatório de qualquer de seus recursos."⁶ Daí não caber cogitar na situação em tela, data vênua, dos arts. 739, § 1º, 791, I e 1.052 do Código de Processo Civil, que tratam dos embargos do devedor ou de terceiro.

É fato conhecido, todavia, a controvérsia acerca dos efeitos em que os Embargos de Declaração são recebidos, ante à ausência de norma expressa a respeito. A jurisprudência, até hoje, continua vacilante.

Apesar das divergências, convém ressaltar que o efeito suspensivo não se coaduna com o caráter de urgência próprio do Mandado de Segurança. Neste sentido a posição de J. Cretella Jr., ao afirmar que "A *interposição de embargos declaratórios* não impede a execução provisória da sentença nem a comunicação imediata da ordem à autoridade coatora." Daí me inclinar pelo recebimento dos Embargos de Declaração somente com efeito devolutivo, na companhia da jurisprudência que parece majoritária, e da qual o Acórdão seguinte é exemplo:

Mandado de Segurança. Administrativo. Recursos Hierárquicos Administrativos. Avocatória. Lei 4.886/65. Lei 8.212/91. Decretos 356/91, 612/92 e 2.173/97.

1. Ato advocatório anulado por falta de oportunidade para a defesa manifestar-se sobre o pedido, pode ser processado com obediência à segurança concedida assegurado ao administrado o exame da respectiva solução, concretizando-se os procedimentos necessários à advocatória.

2. A Interposição de embargos declaratórios, por si, não tem efeito suspensivo, no caso, podendo ser executada imediatamente a segurança concedida, ultimando-se os procedimentos administrativos necessários à advocatória.

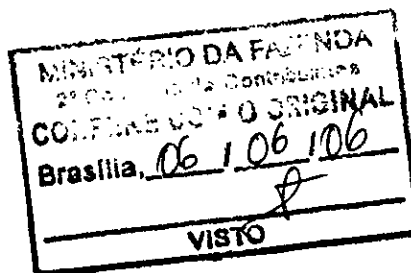
3. Segurança denegada. (STJ, MS 6.634, DF, DJU 25.03.02)

⁶ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de segurança..., 24ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 96.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.002084/2004-39
Recurso nº : 128.532
Acórdão nº : 203-10.742



2º CC-MF
Fl.

Na situação em tela, como o lançamento foi efetuado após a decisão do Tribunal Regional Federal contrária ao contribuinte, por não terem os Embargos de Declaração por ele interpostos efeito suspensivo, o tributo já se tornara plenamente exigível. Não se aplica, então, o art. 63 a Lei nº 9.430/96, sendo cabível a multa de ofício.

Pelo exposto nego provimento ao Recurso, mantendo o lançamento com a multa de ofício.

Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 2006.


EMANUEL CARLOS DAMÁSIO DE ASSIS