



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

Processo n° 13016.001031/2008-16
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2402-002.072 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria SUB-ROGAÇÃO NA AQUISIÇÃO DE PRODUTO RURAL
Recorrente COOPERATIVA VINÍCOLA AURORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/2006 a 31/10/2006

CONTRIBUIÇÃO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA.
RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE

A empresa adquirente fica sub-rogada nas obrigações do produtor rural pessoa física com empregados e do segurado especial, relativas ao recolhimento da contribuição incidente sobre a comercialização da produção rural estabelecida no art. 25 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 10.256/2001.

PROCESSO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE MATÉRIA. RENÚNCIA.

A propositura de ação judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao contencioso administrativo em relação à matéria submetida à apreciação judiciária, devendo o processo ter seguimento normal no que se refere à matéria diferenciada.

JUROS DE MORA. SELIC. APLICAÇÃO

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar dispositivo de lei vigente sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, negar provimento.

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento realizado em 26/09/2008. O crédito é decorrente da receita bruta auferida pelo produtor rural pessoa física proveniente da comercialização da sua produção. Seguem transcrições do relatório fiscal da infração e do acórdão recorrido:

Este relatório é integrante do AUTO DE INFRAÇÃO de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondente ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) e a contribuição devida pelos produtores rurais, pessoas físicas, sobre a comercialização da produção rural (sub-rogação), referente à competência 10/2006.

...

As contribuições acima citadas estão sendo discutidas em juízo. As ações ordinárias ajuizadas pelo contribuinte, sobre o mesmo assunto, são as seguintes:

- Ação Ordinária n° 1999.71.00.025532-4: situação - "Incompetência — baixa";
- Ação Ordinária n°2000.71.07.003550-O: situação - "Incompetência — baixa";
- Ação Ordinária n°2000.71.07.003551-2: situação - "baixado";
- Ação Ordinária n°2001.71.13.003516-3: extinta sem julgamento do mérito;
- Recurso Especial n° 507.951 - RS: negado provimento ao recurso especial e, na data de 29/05/2008, sendo anulada a decisão, em razão do pedido de desistência de recurso formulada pela recorrente;
- Ação Ordinária n° 2008.71.00.020048-0: sem qualquer decisão.

...

As contribuições devidas, cujos valores foram depositados judicialmente, foram lançadas nos Autos de Infração DEBCAD 37.159.893-1 (contribuições destinadas à Seguridade Social — sub-rogação - devidas pelos produtores rurais, pessoas físicas) e DEBCAD 37.159.894-0 (contribuições destinadas às outras entidades e fundos — SENAR — sub-rogação), através do código de levantamento "PRR — Aquisição Produção Rural PF".

...

Quanto às contribuições devidas, referente aos valores "não" depositados pelo contribuinte e não recolhidos em época própria, tendo como base-de-cálculo parte dos valores da aquisição da produção rural e com a devida diferença de contribuição previdenciária não recolhida, estão sendo lançadas no presente crédito, referente à competência 10/2006, conforme demonstrado a seguir:

O contribuinte, na condição de sub-rogado, não reteve a contribuição social para a Seguridade Social, a contribuição GILRAT e a contribuição social para o SENAR, calculada sobre o valor bruto da produção rural comercializada com esses produtores, no período verificado. Para comprovação, anexamos por amostragem as Notas Fiscais de Produtores Rurais das competências citadas. Por não ter efetuado o desconto, não há caracterização, em tese, do crime de "Apropriação Indébita Previdenciária".

...

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/10/2006 a 31/10/2006 AI n° 37.159.895-8 A propositura de ação judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao contencioso administrativo em relação à matéria submetida à apreciação judiciária, devendo o processo ter seguimento normal no que se refere à matéria diferenciada.*

A compensação tributária somente pode ser efetuada nas estritas condições estabelecidas pela lei.

Impossível a compensação de créditos previdenciários com créditos adquiridos de terceiros mediante cessão, por não haver lei que autorize e estabeleça as condições para tanto.

Não cabe na instância administrativa discussão sobre a constitucionalidade das leis.

As contribuições sociais pagas em atraso estão sujeitas a juros equivalentes à taxa SELIC e à multa, ambas de caráter irrelevável.

Lançamento Procedente

...

De acordo com o Relatório Fiscal, às fls. 38/41, os fatos geradores são relativos a compra da produção de uvas de cooperados associados e não associados, que foram apurados nas notas fiscais de produtores rurais e nos diários auxiliares de estoque. As planilhas às fls.57/94 detalham os valores apurados.

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde se reiteram as alegações trazidas na impugnação:

Diz que não efetuou o depósito para parte do débito referente à competência de 10/2006 que foi levantada neste lançamento porque procedeu a sua compensação administrativa com créditos adquiridos de terceiros. Explica que estes créditos se referem a precatórios advindos do Processo n° 97.13.00282-2 —

que versou sobre a constitucionalidade e exigibilidade da contribuição previdenciária regida pelas Leis 7.787/89 e 8.212/91 incidente sobre o pro-labore — com decisão favorável já transitada em julgado.

Aduz o autuado que como cessionário informou ao juízo competente a sua condição de titular dos créditos, requerendo a notificação do INSS para que tomasse conhecimento da cessão ocorrida e procedesse ao pagamento ao atual titular. Diz ainda que a lei não exigia prévia anuência da autoridade fiscal.

Assevera o defendente que agiu com respaldo legal, pois não havia dúvida quanto à existência do direito aos créditos e dos seus valores, nos moldes do que autoriza o art. 170 do CTN e que a compensação foi realizada com créditos de mesma natureza e destinação constitucional, conforme exigência do art. 66 da Lei 8.383/91.

A cooperativa sustenta que a compensação não se deu com créditos de terceiros, pois eles já haviam sido transferidos para o seu patrimônio por meio de instrumento público de cessão, estando inclusive contabilizados. Aduz que o art. 78 do ADCT assegura o direito de cessão de créditos provenientes de condenações judiciais. Cita jurisprudência em respaldo de suas alegações. Afirma que ainda que o crédito não fosse seu, a legislação é bastante clara e expressa quanto à possibilidade da compensação efetuada.

Por outro lado, o autuado insurge-se contra a aplicação da Taxa SELIC por considerá-la ilegal e inconstitucional por ela majorar a obrigação tributária além dos limites previstos no art. 161, § 1º do CTN e por ela possuir natureza remuneratória.

O defendente aduz ainda que a multa é indevida e possui caráter expropriatório.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame das questões preliminares.

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento também não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216).

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Preliminarmente, é comprovado nos autos que ao ajuizar ação onde se discute o mérito da exigência fiscal, o recorrente efetuou depósito parcial da contribuição previdenciária. Conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 6.830, de 22/09/1980, o depósito somente faz cessar a incidência dos acréscimos legais quando integral e ainda assim em dinheiro:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

...

§ 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

§ 2º - Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros.

§ 3º - A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora.

§ 4º - Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

...

Também é de se considerar que o suposto aproveitamento de crédito adquirido de terceiros não pode ser equiparado a dinheiro, conforme exige a lei. Continuando, também entendo conforme a decisão recorrida que, com fundamento na Legalidade Administrativa, não reconhece o aproveitamento dos supostos créditos para fins de compensação:

No caso dos autos, o sujeito passivo não era possuidor de créditos contra a Fazenda Pública. A circunstância de ter havido cessão de direitos não é fundamento bastante para legitimar a cessionária dos créditos a proceder a compensação com créditos tributários, tampouco meio apto para ensejar o seu aproveitamento. E, no nosso ordenamento jurídico, não há norma que autorize a compensação de créditos previdenciários com créditos adquiridos por cessão, devendo prevalecer o princípio da legalidade.

O contrato de cessão de créditos não possui nenhuma eficácia capaz de extinguir débitos tributários da cessionária. É como entende a jurisprudência do STJ, conforme se observa no seguinte aresto:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CESSÃO DE CRÉDITO.

COMPENSAÇÃO.

I. A compensação de crédito tributário só pode ser feita pela empresa que obteve a sua certificação judicial. Impossível a sua utilização por terceiro, em consequência de negócio jurídico de cessão celebrado.

2. Não há dispositivo legal autorizando que contribuinte utilize créditos de terceiros para quitação de débitos.

(.)

5. *Recurso especial não-provido.*

(REsp 939.651/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 27/02/2008 p. 173)"

Nesses termos, ao contrário do que argumenta o autuado, foi em razão da inexistência de norma que autoriza a compensação com créditos de terceiros que o fisco legitimamente ignorou as compensações efetuadas. No caso, o lançamento representa a não homologação das compensações (glosa).

Assim, não havendo previsão legal que autorize a realização da compensação com créditos adquiridos de terceiros, nem decisão judicial expressa nesse sentido favorecendo a cooperativa, considero correto o procedimento da fiscalização de não considerar as compensações realizadas.

Nesse sentido, entendo que, seja pela modalidade de pagamento ou pela falta de previsão legal que autorize o aproveitamento de crédito nessas condições, deve ser rejeitada a preliminar argüida.

No mérito, verifica-se que se trata de lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos no período em que já vigente a Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998 que incluiu a competência para a instituição de contribuição previdenciária sobre a receita e o faturamento. Logo, a atual decisão do STF pela inconstitucionalidade formal do artigo 25 da Lei nº 8.212/91 não se aplica ao presente caso. Reproduzo o voto da ilustre Conselheira Ana Maria Bandeira que aborda ampla e pontualmente os fundamentos adotados por este relator:

É sabido que está em julgamento pelo STF o Recurso Extraordinário nº 363.852, cujo Plenário deu provimento ao recurso em acórdão com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRESSUPOSTO ESPECÍFICO – VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO – ANÁLISE – CONCLUSÃO – Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adora entendimento quanto à matéria de fundo extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina – José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS – PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS – SUB-ROGAÇÃO – LEI Nº 8.212/91 – ART. 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL – PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 – UNICIDADE DE INCIDÊNCIA – EXCEÇÕES – COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PRECEDENTE – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos, por produtores rurais, pessoas naturais, prevista os artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e 9.528/97. Aplicação de leis no tempo – considerações (g.n.)

Nota-se que o objeto do RE 363.852 refere-se à discussão da constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 8.212/1991 nas redações dadas pelas Leis 8.540/1992 e 9.528/1997, ambas anteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998.

Ou seja, decidiu o STF que a inovação da contribuição sobre comercialização de produção rural da pessoa física não estava albergada na Carta Magna até a Emenda Constitucional 20/98, decidindo expressamente acerca das Leis 8.540/92 e 9.528/97.

Tal inconstitucionalidade residiria no fato de que seria necessária lei complementar para a instituição da contribuição incidente sobre a comercialização da produção do empregador rural pessoa física. Esta exigência decorreria do art. 195, §4º, da Carta Magna Até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 o art. 195, inciso I, da CF previa como bases tributáveis de contribuições previdenciárias a folha de salários, o faturamento e o lucro, não havendo qualquer menção à receita como base tributável.

Assim, a Lei nº 8.540/1992 ao instituir contribuições sobre receita bruta sobre a comercialização da produção dos produtores rurais pessoas físicas levou ao questionamento sobre sua constitucionalidade, culminando com a decisão plenária do STF no julgamento do RE 363.852.

No entanto, a Emenda Constitucional nº 20/98 deu nova redação ao art. 195, inciso I da CF/88, a qual passou a dispor que:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998 Como se vê, a partir da EC nº 20/1998, a própria Constituição Federal passa a admitir a receita como base tributável para as contribuições previdenciárias.

Assim, há que se destacar que a Lei nº 10.256/2001, deu nova redação ao art. 25 da Lei nº 8.212/1991 que passou a assim vigorar:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do seguro especial, referidos, respectivamente, na

alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 2001).

I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

Cumprе enfatizar que o fundamento jurídico adotado pelo Relator no julgamento do RE 363.852 demonstra que apenas foi abordada a constitucionalidade da redação do art. 25 da Lei 8.212/91 conferida pela Lei 8.540/92, não havendo apreciação da constitucionalidade da redação atual do art. 25 da Lei de Custeio, conferida pela Lei 10.256/01 e, segundo o Ministro Marco Aurélio, a superveniência de lei ordinária, posterior à EC 20/98 1998, seria suficiente para afastar a pecha de inconstitucionalidade da contribuição previdenciária do empregador rural pessoa física, ao menos no que tange à necessidade de Lei Complementar para sua instituição, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

...conheço e dou provimento ao recurso extraordinário para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por subrogação sobre a “receita bruta proveniente da comercialização da produção rural” de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência. (g.n.)

Assevere-se que a contribuição lançada com fulcro no dispositivo com a redação dada pela Lei nº 10.256/2001 já teve a constitucionalidade confirmada pelo Judiciário conforme se depreende da decisão abaixo colacionada:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO. LC 118/05. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. 1- O STF, ao julgar o RE nº 363.852, declarou inconstitucional as alterações trazidas pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92, eis que instituíram nova fonte de custeio por meio de lei ordinária, sem observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto. 2- Com o advento da EC nº 20/98, o art. 195, I, da CF/88 passou a ter nova redação, com o acréscimo do vocábulo “receita”. 3- Em face do novo permissivo constitucional, o art. 25 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 10.256/01, ao prever a contribuição do empregador rural pessoa física como incidente

sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, não se encontra eivado de inconstitucionalidade.”
(Apelação nº 0002422-12.2009.404.7104, Rel. Des. Fed. M^a de Fátima Labarrère, 01^a Turma do TRF-4, julgada em 11/05/10)

No presente caso, a contribuição cuja omissão em GFIP levou à lavratura do presente Auto de Infração, refere-se a período posterior à edição da Lei nº 10.256/2001, portanto, sob a vigência da mesma.

Além disso, no anexo Relatório de Fundamentos Legais do Débito que ampararam o lançamento da obrigação principal correspondente, cujo recurso também foi objeto de análise por parte desta conselheira, verifica-se que a contribuição foi lançada com fundamento nos dispositivos já na redação dada pela Lei nº 10.256/2001.

Assim, a meu ver, não há que se sobrestar os presentes autos em razão de não estarmos diante recurso que se enquadre no § 1º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF.

Quanto à concomitância, verifica-se que nem todos os processos judiciais foram baixados sem solução de mérito. Ainda tramita no Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região o processo nº 2008.71.00.020048-0, onde se discute o mérito da cobrança, conforme admite o recorrente no processo nº 13016.001029/2008-47:

Ademais, como é do conhecimento de todos, o processo judicial 1 , sempre prevalece sobre o administrativo, de modo que, se ainda remanesce discussão quanto a destinação dos depósitos judiciais, e mais, enquanto se discute a própria exigibilidade da contribuição objeto desta autuação, deve ser extinta, ou no mínimo suspensa a autuação fiscal promovida pela lavratura do AI nº. 37.159.894-0, até o trânsito em julgado do processo nº. 2008.71.00.020048-0 onde se discute o mérito da cobrança.

Portanto, deve ser mantida a decisão recorrida pelo não conhecimento do mérito da exigência por renúncia à discussão na esfera administrativa da exigência, como dispõem:

Lei n.º 8.213, de 24/07/91:

Art.126 (...)

§3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Lei n.º 6.830, de 22/09/80:

Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato, declarativo 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.

Decreto n.º 3.048, de 06/05/99:

Art. 307. A propositura pelo beneficiário de ação judicial que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Quanto à não incidência da taxa SELIC, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72 restringe a atuação do órgão administrativo no sentido de afastar dispositivo legal vigente:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Ressalta-se que recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da incidência da taxa SELIC para fins de acréscimos legais de tributos:

RE 582461 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 18/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177 Parte(s) RELATOR : MIN. GILMAR MENDES RECTE.(S) : JAGUARY ENGENHARIA, MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE BARROS MONTENEGRO E OUTRO(A/S) RECD.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO INTDO.(A/S) : UNIÃO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Ementa 1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no

inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Decisão O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário, contra o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, que dele conhecia apenas em parte. No mérito, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Em seguida, o Presidente apresentou proposta de redação de súmula vinculante, a ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência, com o seguinte teor: “É constitucional a inclusão do valor do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo.” Falaram, pelo recorrido, o Dr. Aylton Marcelo Barbosa da Silva, Procurador do Estado e, pelo amicus curiae, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, em viagem oficial à Federação da Rússia, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Plenário, 18.05.2011.

Em razão do exposto, voto por conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, negar provimento.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes

Processo nº 13016.001031/2008-16
Acórdão n.º **2402-002.072**

S2-C4T2
Fl. 275
