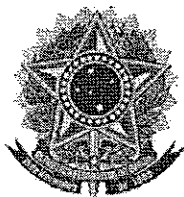


TV 8-6



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

Processo nº 13808.000065/96-18
Recurso nº 140.372 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.112 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2009
Matéria PIS
Recorrente MARQUES GODOI CONSTRUTORA LTDA
Recorrida DRJ em SALVADOR/BA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/10/1991 a 31/10/1991, 01/01/1992 a 31/10/1992, 01/02/1993 a 28/02/1993

NORMAS PROCESSUAIS. DECISÃO DEFINITIVA. EFEITOS. Transitando em julgado decisão do Poder Judiciário favorável à pretensão discutida administrativamente, não cabe mais falar em concomitância entre as duas esferas que obrigaria o não conhecimento do recurso. À Administração cabe apenas dar fiel cumprimento à decisão definitiva, o que, *in casu*, implica o afastamento da exigência.

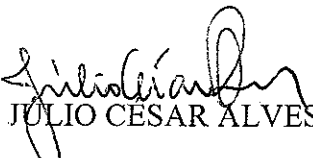
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária da 2ª Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para cancelar a exigência fiscal. Vencidos os Conselheiros Nayra bastos Manatta (Relatora), Sílvia de Brito Oliveira e Marcos Tranchesí Ortiz que aplicavam a concomitância à via administrativa em relação aos valores devidos do PIS. Designado o Conselheiro Júlio César Alves Ramos para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral pela recorrente, o dr. Cristiano Frederico Ruschmann OAB/SP n] 150.269.


NAYRA BASTOS MANATTA

Presidenta


JULIO CESAR ALVES RAMOS

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Junior, Alexandre Kern (Suplente) e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Trata-se de auto de infração objetivando a cobrança do PIS relativo aos períodos de outubro/91, janeiro a outubro/92 e fevereiro/93 em virtude de falta de recolhimento da contribuição. De acordo com o Termo de Constatação a contribuinte ingressou com diversas ações de mandado de segurança no Judiciário (por períodos de apuração, mas com o mesmo pedido: não recolher a contribuição nos moldes dos DL 2445/88 e 2449/88) Não houve depósitos judiciais e a exigibilidade do credito tributário encontra-se suspensa

A contribuinte apresentou impugnação alegando:

As exações encontram-se amparadas por medidas liminares e sentenças de mérito concessivas das ordens impetradas, suspendendo não só a exigibilidade do credito tributário em questão, mas impedindo a constituição via auto de infração da obrigação tributaria;

A autuação, ainda que garanta a suspensão da exigibilidade do credito tributário constituído, ao aplicar penalidade apresenta violação às garantias que foram outorgadas à impugnante pelo Poder Judiciário, representa excesso de poder e torna nulo o lançamento;

Discorre sobre a decadência e a sua suspensão pela ação judicial interposta, ressaltando que o prazo decadencial só voltaria a fruir após o transito em julgado das ações judiciais interpostas;

Discorre sobre a aplicação do disposto na LC 07/70, ressaltando que ela deveria recolher o PIS na modalidade de PIS-Repique conforme Resolução BACEN 482/78 e at. 9º da Lei nº 4595/64, como de fato o fez, sendo que nos períodos de 1990, 1992 não houve contribuição a recolher pois apurou prejuízos e nos anos de 1991 recolheu o PIS em 06 cotas e em 1993 recolheu a contribuição entre 30/04/93 a 30/11/93 e em 29/04/94.

A DRJ em Salvador julgou procedente em parte o lançamento retirando a aplicação da TRD nos períodos compreendidos entre 04/02/91 e 29/07/91 e reduzindo a multa de ofício ao percentual de 75%.

A contribuinte cientificada interpôs recurso voluntário alegando as mesmas razões da inicial, acrescendo:

Extinção do credito tributário em razão da prescrição intercorrente, pois embora tenha apresentado impugnação em 26/02/96, apenas em 12/04/2007 foi cientificada da decisão proferida pela DRJ, o que ofende os princípios da eficiência, caracterizando a prescrição intercorrente, qual seja, aquela observada no curso do processo, o que extingue o credito tributário, nos termos da Lei nº 9784/99;

Ajuizou em 06/05/96 ação ordinária condenatória (PJ 96.0011844-2) para repetir aquilo que foi pago a maior nos períodos de 1991 a 1995 com base nos DL 2445/88 e 2449/88, tendo sido o seu pedido o direito de repetir a diferença entre as quantias de PIS recolhidas com base nos DL mencionados e aquelas devidas nos termos da LC 07/70, observando-se para tanto a sistemática do PIS-repique & dedução;

A referida ação transitou em julgado conferindo à recorrente o direito de repetição do indébito na forma pleiteada, qual seja a contribuição devida no período seria calculada com base na sistemática do PIS-repique & dedução;

Se aplicado o PIS faturamento deve ser observado o critério da semestralidade.

O julgamento do recurso foi convertido em diligencia para que a contribuinte anexasse aos autos cópias das seguintes peças processuais que instruíram o PJ 96.0011844-2: petição inicial, decisões proferidas pelo Poder Judiciário no âmbito do referido processo, transitado em julgado da ação, certidão de objeto e pé.

Em resposta à diligencia proposta foram anexados aos autos os documentos de fls. 404 a 443.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Nayra Bastos Manatta, Relatora

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Primeiramente há de se analisar a prescrição intercorrente argüida pela recorrente, prevista na Lei nº 9784/99.

Segundo Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez Lopez in Processo Administrativo Fiscal Comentado. Ed Dialética, 2002, pp. 98 e 99:

“Esses prazos são considerados impróprios e o seu descumprimento, em principio não traz prejuízo na esfera processual. Para a extrapolação deste prazo, bem como, dos prazos que existem para o juiz, julgadores e serventuários da Justiça, a legislação não previu sanção específica. (. .)

Os prazos podem ser próprios ou impróprios. Prazos próprios são aqueles fixados para o cumprimento de ato processual, cuja inobservância acarreta numa consequência processual específica, desvantagem para aquele que o descumpriu, levando à preclusão. Impróprios são os fixados na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que o seu desatendimento não acarreta situação processual detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas, apenas, sanções disciplinares.”



Desta forma, verifica-se que os prazos previstos na referida Lei nº 9784/99 para que a Administração pratique determinados atos são prazos impróprios e a sua inobservância não acarreta preclusão.

No que tange à exigência consubstanciada no presente lançamento, é de se observar que de acordo com os documentos de fls. 116 a 247 a recorrente ingressou com diversas ações judiciais objetivando o não recolhimento do PIS com base nos DL 2445 e 2449/88 e o direito de recolher a contribuição com base na LC 07/70. Em todas as ações obteve sentenças favoráveis no sentido de se abster do recolhimento do PIS com base nos DL acima citados e o direito de efetuar o recolhimento nos termos da LC 07/70.

Todavia em nenhuma destas ações restou definido se a recorrente deveria recolher o PIS, nos termos da LC 70/70, pela sistemática do PIS-repique ou PIS-faturamento.

Entretanto na ação judicial nº 96 0011844-2 restou submetido à apreciação do Poder Judiciário o direito à repetição do indébito tributário oriundo de diferença entre os recolhimentos efetuados a título do PIS nos períodos de 1990 a 1995 com base nos DL 2445 e 2449/88, declarados inconstitucionais, e o que seria devido com base na LC 07/70, assim considerando o que seria devido com base no PIS-repique. Foram apresentados pela autora, na inicial, cálculos dos valores que seriam passíveis de restituição

Segundo documento de fls. 410 a 412, a Sentença proferida nos autos do processo judicial nº 96.0011844-2 julgou “procedente o pedido para, uma vez declarada a inexigibilidade do pagamento realizado pela autora, a título de contribuição para o PIS, em face da inconstitucionalidade dos Decretos –lei nº 2445 e 2449, ambos de 1988, condenar o réu à restituição das importâncias pagas, acrescidas de atualizações, a partir da versão de cada parcela, até a data da devolução, pelos mesmos índices aplicáveis aos créditos fiscais, acrescidas de juros de 1% (um por cento) ao mês (art. 161, § 1º do CTN) que fluirão do transito em julgado desta decisão”.

No julgamento da Apelação interposta pela Fazenda Nacional e da remessa officio, fls. 415 a 423, restou afastada a prescrição quinquenal para repetição do indébito tributário em questão, pois que foi considerado que a primeira decisão do STF que considerou inconstitucional os DL 2445 e 2448/88 foi publicada no DJU em 04/03/94 e somente a partir de então começou a fruir o prazo prescricional. Como a recorrente ingressou com a ação judicial em apreço em 06/05/96, não há que se falar em prescrição

Consta Certidão às fls. 425 que a referida ação transitou em julgado em 31/08/2001.

Às fls. 427 a 429 consta que a recorrente interpôs ação de liquidação de sentença, requerendo a liquidação da causa com memória discriminada e atualizada dos cálculos (como já se disse, a autora considerou como sendo devido, na sistemática da LC 07/70) o PIS-repique. Consta do pedido da autora:

“de conformidade com tais quadros (quadros I e II) acostados a esta exordial, a ora Exequente discrimina em cada mês de apuração as respectivas bases de calculo (quadro I – DLs 2445 e 2449- receita bruta operacional, quadro II – LC 07/70 imposto de renda devido ou como se devido fosse) bem como indica no quadro I as datas em que se deu efetivamente o recolhimento em moeda da época

134

Ali, também estão contemplados, em virtude da alíquota aplicável, os recolhimentos efetivamente procedidos.

Os valores encontrados, consoante a observância de índices mandados aplicar pela r. sentença transitada em julgado, foram transformados em UFIR, igualmente para o fim de ensejar análise do Sr. Perito (quadro I)

Como havia necessidade de apurar o valor devido consoante a lei de vigência (Lei Complementar 07/70) a exequente elaborou o quadro II onde apontou mês a mês os valores de imposto de renda devido e recolhido (que correspondem à base de cálculo da lei de regência LC 07/70), expressando igualmente por período mensal quais deveriam ter sido os valores recolhidos com base na prefalada Lei Complementar, com exclusão das competências a partir de outubro de 1995 cujos recolhimentos passaram a ser feitos com base na Lei Complementar 7/70, sendo certo que de março de 1996 em diante os recolhimentos já foram feitos com base na lei em vigor a partir dessa data.

Por ultimo, há o quadro III que apresenta as diferenças entre os valores efetivamente recolhidos (quadro I) e os valores que deveriam ter sido recolhidos (quadro II). ”

Consta das fls. 431 a 432 que na liquidação de sentença restou decidido que a base de cálculo do PIS, na sistemática da LC 07/70, seria calculada considerando o critério da semestralidade, sem correção da base de cálculo apurada no sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, e os valores a serem restituídos seriam corridos pela taxa SELIC, afastada a aplicação dos juros de 1% ao mês, como determinado na sentença. Foi apontado indébito a ser restituído no valor de R\$ 1.402.733, 73.

Verifica-se, portanto, que os valores da contribuição devida, nos períodos em questão restou determinado na referida ação judicial, razão pela qual, não pode este Colegiado se manifestar sobre esta matéria uma vez que foi objeto de decisão judicial.

Aqui deve ser dito que ao levar à apreciação do Poder Judiciário, em liquidação de sentença, os valores que seriam devidos a título do PIS, nos períodos em questão, com base na sistemática da LC 07/70, tais exigências passaram a estar submetidas ao crivo do Judiciário e sobre os valores que este considerou como devidos não cabe mais a manifestação por parte da autoridade Administrativa.

Em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

181

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Ademais, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como 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 e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo, AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer às 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 inadmissão 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.

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 do original).

Cabe ainda citar o Parecer PGFN n.º 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

"29. Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN n. 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos n. 02-02.098, de 13.12.98, 01-02.127, de 17.3.97, e 03-03.029, de 12.4.99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 2.6.98, 101-92.190, de 15.7.98, 103-18.091, de 14.11.96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há



anterior, concomitante ou superveniente arguição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular

30. Voltando ao tema do procedimento a adotar nos casos enunciados no item 28, preliminarmente anotamos que não nos parece existir qualquer distinção entre a ocorrência destas situações antes ou após o trânsito em julgado da decisão judicial menos favorável ao contribuinte, pois sendo a decisão administrativa imediatamente executável e mandatória à administração (art. 42, inciso II, do Decreto n. 70.235/72) – enquanto a decisão judicial será apenas declaratória dos interesses da Fazenda Nacional –, a situação de impasse se instalará qualquer que seja a posição processual do trâmite judicial.

31. No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela deduzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União, em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições

32. Nasquelas ocorrências onde estas cautelas não são possíveis ou não atingem os efeitos almejados, temos que analisar o tema sobre duas óticas diversas: o primeiro, da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário; o segundo, da revisibilidade da decisão administrativa e dos procedimentos à realização deste intento.

33. Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente

134

perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do judicium, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!) É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo

34. Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto n. 70 235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições tout court) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso. ”

Desta forma, entendendo que a matéria dos autos – exigência do PIS nos moldes da LC 07/70, nos períodos de outubro/91, janeiro a outubro/92 e fevereiro/93, foi submetida ao Judiciário, cabendo à Administração pelo princípio da unicidade de jurisdição, apenas aplicar o que restou decidido na liquidação de sentença acima citada.

Em relação à aplicação da multa de ofício ao lançamento, no percentual de 75% conforme determinou a decisão recorrida, entendendo que realmente, em todas as ações judiciais interpostas pela recorrente sempre restou determinado que a exigência do PIS nos períodos autuados seria devida com base na LC 07/70, razão pela qual se a contribuinte recolheu valores a menor, nestes moldes (aqui deve ser observado que o valor da contribuição devida nos moldes da LC 07/70, por período de apuração, restou determinado e definido na execução de sentença já mencionada), sobre os valores devidos e não recolhidos, lançados de ofício, deve incidir a multa de ofício.

Por sua vez, no que tange à exigência de juros de mora, é de se salientar que em devaneio algum pode ser acolhida tese qualquer que pretenda ler no dispositivo legal citado pela contribuinte, qual seja, o art. 161, §1º, do CTN, a determinação de que os juros tributários fixados devidamente em lei específica jamais podem ultrapassar a taxa de um por cento ao mês. Bem destaca, em sua oração subordinada adverbial condicional, tal norma que esta será a taxa “se a lei não dispuser de modo diverso (*sic*)”. Em nenhuma, absolutamente nenhuma, proposição normativa positivada em vigor há qualquer coisa de onde se possa extrair tal inferência. Ela é, simplesmente, tirada *ex nihilo*, ou seja, da própria mente de quem assim afirma, e de nada mais. E, devido a justamente isso, por mais brilhante a respeitável que seja a

mente ou, *rectius*, o pensador, constitui mero subjetivismo. Como se trata de subjetivismo, configura algo totalmente arbitrário. Portanto, nada há de objetivo, no Direito vigente, que tenha erigido tal vedação que possa vincular a observância por parte de outrem, ora a recorrente, pois ninguém está obrigado a acatar arbitrariedades alheias.

Do contrário, a cláusula de que a lei pode estatuir em sentido diverso abre amplo leque de possibilidades, tanto para mais quanto para menos. A possibilidade de se legislar diversamente simplesmente traduz a viabilidade de que seja qualquer taxa, ou índice, que não um por cento. Não jaz ela jungida a nenhuma abertura de possibilidades menor que isto.

De fato, qualquer e todos os índices numéricos diferentes de 1% constituem o algo “diverso (índice ou taxa de juros)”. O diverso é tão somente a alteridade, equivalendo a afirmar: pode ser qualquer outro elemento do conjunto (no caso, o de índices percentuais) que não aquele tomado como paradigma inicial, o mesmo. Não significa uma determinada parcela dos outros elementos do conjunto, a exemplo dos “menores que (<)”, mas sim todos esses outros, ou seja, o conjunto total com exclusão de um único elemento (aquele de que se deve guardar diversidade ou diferença, aqui o 1%). Logicamente, portanto, inexiste o limite para menos, como tampouco existe algum para mais. Por sua vez, como tal limite é ilógico, recai em arbitrariedade manifesta.

Além disso, é justamente a exegese histórica que demonstra e comprova que os juros em discussão não podem restar jungidos à taxa de 1%, pois, consoante é consabido, tais juros (os da taxa SELIC), além da remuneração própria do custo do dinheiro no tempo, ou seja, os juros *stricto sensu*, abarca a correção monetária correlata, pois é espécie de juros simples, e não de juros reais, de cuja definição ainda se prescinde em nosso ordenamento, segundo declarado pelo Colendo STF no julgamento do Adin 04/91. Ora, como esta, a correção monetária, desde a promulgação do CTN até período bem recente da nossa História, com raros períodos de exceção, manteve-se acima do 1%. Obviamente os juros também têm de estar aptos a ultrapassar tal percentual, e não inescapavelmente abaixo dele.

Por tudo isso, impõe-se o resultado de que, havendo previsão legal do ente tributante autorizadora, **os juros tributários podem ser superiores a 12% ao ano**, não se podendo treslar o CTN como tão desassissadamente pretende a executada, conquanto disponha ele exatamente o contrário, de modo explícito

Outra não poderia ser a conclusão a que alçou Ricardo Lobo Torres acerca:

“A critério do poder tributante os juros podem ser superiores a 1% ao mês, sem que contrastem com a lei de usura ou com o art. 192, §3º, da CF (apud Comentários ao Código Tributário Nacional, Vol 2, coord. Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Saraiva, 1998, pg 349).”

Mais divorciada ainda da realidade é a asserção de que não haveria previsão nem permissivo legal à cobrança do índice de juros em tela. Seus instrumentos legislativos veiculadores, notadamente no campo tributário, assim como o inaugural historicamente considerado, longe estão de não terem feições desta espécie. Eles são precisamente as leis 8981/95, 9069/95 (a partir desta, havendo expressa referência à denominação “SELIC”), 9250/95, 9528/97 e 9779/99. Portanto, não apenas jaz a taxa em questão dentro da legalidade

plena, como ainda isso certifica que há lei federal específica em sentido determinante da aplicação de taxa de juros em sentido diverso daquela a que se refere o CTN.

Demais disso, o exame de tais leis bem demonstra outro distanciamento cabal da verdade pela recorrente. Decerto, a primeira das acima mencionadas – a Lei 8981/95 –, *verbi gratia*, em seu art. 84, I, já consignava expressamente que a taxa em tela seria equivalente à “taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna (*sic*)”. Com isso, bem se desvela que há sim, indubitavelmente, indicação legal precisa de como se auferir e mensurar tal taxa, a contrário do asseverado pela contribuinte. Significa, em outros termos, que ela traduz a taxa média do que o Tesouro Nacional necessita pagar para obter capital, vendendo títulos mobiliários federais no mercado interno. Claramente improcedente, pois, delinea-se a pretensão da recorrente.

Contudo, poderia ainda haver imprevisão legal específica que não traduziria ofensa à legalidade e à tipicidade. Decerto, no art. 25, I, dos ADCT, consagrou o legislador constituinte que as competências normativas atribuídas pela CF ao Congresso Nacional (no caso as leis ordinárias) que houvessem sido objeto de delegação a órgão do Executivo poderiam quedar prorrogadas. Tal prorrogação ocorreu pelas sucessivas MPs editadas, na hipótese da competência normativa do CMN, consubstanciando-se em definitivo nas Leis 7763/89, 7150/83, 9069/95. Com isso, as disposições de fórmulas do CMN sobre como se efetuar o cômputo dos índices de juros no caso da taxa SELIC mantêm-se hoje com força de lei, à ausência de disposição parlamentar em contrário, mas antes nessa direção

Menor ainda é o azo de que a taxa de juros não pode ser cobrada por fazer sujeita às flutuações econômicas. Acaso a correção monetária, por definição, não é um índice variável sujeito a tais flutuações? Obviamente que sim. Entretanto, nem se há de sonhar que não possa ser cobrada, premiando os devedores renitentes, como é o caso da contribuinte. *Mutatis mutandi* idêntica lógica há de ser emprestada à taxa em questão, impondo-se a rejeição imediata de tal argumento da recorrente.

Por fim, a alegação de que o BACEN venha a definir a aludida taxa maior reprimenda ainda merece. De fato, em primeiro lugar, tem de se destacar que as normas regulamentares para aferição desse índice matemático não decorrem do Banco Central, mas sim do CMN. A depois, impende considerar que o quanto regulamentado nesse âmbito, uma vez já definida ser a taxa a média mensal das captações dos títulos da dívida pública mobiliária federal interna, emergem como meras disposições técnicas, sendo bem por isso própria do campo do regulamento, e nunca de lei. Igual fenômeno ocorre com a apuração da correção monetária. Quais produtos ou serviços terão seus preços aferidos para tanto, qual o peso ou proporção que cada um deles terá no resultado final, que locais do país serão objeto da pesquisa, bem como que proporção terão na fórmula de cálculo, se é que terão, durante que período haverá essa aferição, com qual periodicidade, que método exponencial empregará a fórmula matemática, tudo isso, dentre outros elementos, é objeto exclusivo de disposição regulamentar infralegal, no cômputo da correção ou desvalorização monetária (razão, aliás, pela qual diferentes institutos de pesquisa atingem resultados diversos, pois suas fórmulas são diferentes). Se assim se procede em relação à correção monetária, diverso não pode ser acerca dos juros, ressalvada a hipótese de percentual fixo. Por conseguinte, nada de ilegítimo ou reprimível há na aferição desenvolvida

Por derradeiro, a arguição de que o índice de juros utilizado seria remuneratório, escapando ao caráter moratório, não apresenta qualquer coima que comprometa o montante cobrado. Com efeito, a distinção empreendida nas denominações atribuídas aos juros de serem eles remuneratórios, moratórios, compensatórios, inibitórios, retributivo, de gozo, de apazamento ou qualquer outra não identifica nenhum elemento próprio de sua

essência jurídica. Antes, correspondem a elementos extrínsecos à mesma, residentes na teleologia de sua cobrança. São, pois, fatores heterônimos à sua concepção jurídica, servindo tão somente ao seu discurso justificatório.

São os juros frutos civis do capital, segundo é amplamente consabido. Originam-se eles da produtividade e da rentabilidade potenciais do capital. Esse, o capital, é apto a gerar mais capital acaso utilizado a tanto. Por conta disso, o uso ou a retenção do capital de alguém por outrem, tolhe esse alguém de empregar seu capital, gerando-lhe renda a ser incorporada ao seu patrimônio, ao passo que permite aquele outro que o retém a gerar para si os frutos correspondentes a esta parcela de capital. Em contrapartida, aquele que subtrai tal uso do capital de seu proprietário lídimo, retendo-o consigo, ainda que seja por ato meramente contratual, jaz jungido a lhe transferir os rendimentos que este capital produz. Assim, são os frutos apenas desse capital que cristalizam a essência do juro.

Tampouco se deve confundir os próprios juros com sua respectiva taxa. Essa somente traduz o índice matemático, geralmente expresso em percentual ou em mero valor acrescido e embutido na parcela do capital a restituir. Seria, pois, uma razão, um numerário, mesmo que consignado sob modos de cálculo diversos, enquanto os juros são o próprio *quid* que essa expressão matemática traduz, em termos de acréscimos potencializados ao capital.

Os predicativos de moratório, remuneratório, compensatório, etc., a par da contingente variação doutrinária no manuseio da denominação, espelham a *causa efficiens* usada para embasar a obrigação do pagamento dos juros. Seriam o porquê de se dever pagá-los. São, com isso, conforme acima antecipado, elementos estranhos à essência da coisa. Como são alienígenas à coisa, não podem ser empregados para sua definição. A sua vez, como são impróprios à sua definição, são absolutamente imprestáveis à sua identificação, podendo sim identificar a razão inspirante daquela obrigação de se dever os juros, mas não estes propriamente ditos. O cerne de sua essência é o de serem frutos civis do capital, sendo, pois, este o componente que se revela como uma constante identificadora dos juros ubiquamente.

Outro não é o entendimento consolidado na doutrina, a respeito da jaez dos juros, invariavelmente:

“Os juros são os frutos civis, constituídos por coisas fungíveis, que representam o rendimento de uma obrigação de capital. São, por outras palavras, a compensação que o obrigado deve pela utilização temporária de certo capital, sendo o seu montante em regra previamente determinado como uma fracção do capital correspondente ao tempo da sua utilização (Antunes Varela. Das Obrigações em Geral. Vol I 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, pg 870, com grifos do original) ”

Assim, pelo fato de que tanto nas hipóteses de serem devidos por ocasião da mora quanto nas de remuneração de empréstimos de capital ou ainda nas de recomposição de um dano, os juros conservam e mantém a mesma natureza identificadora. Pouco importa que sejam eles devidos para recompensar um capital imobilizado ou disponibilizado a outrem ou para compensar os frutos que aquele capital podia ter rendido ao seu dono se tivesse sido entregue no termo devido, pois conservam eles a mesma feição, sendo todos elementos congêneres, em relação a sua natureza, somente se modificando o fator teleológico do dever de seu pagamento, que não o integra evidentemente.

Em virtude disso, no âmbito da tributação como o aqui divisado, a predicação “moratória” apenas identifica a causa obrigacional dos juros, mas não eles próprios. Eles conservam-se com a idêntica natureza e feição dos assim chamados “juros remuneratórios” por **impropriedade técnico-linguística**. Em função disso, os juros aqui cobrados continuam a ser frutos ou rendimentos do capital, bem como o motivo que embasa sua cobrança remanesce sendo o moratório, apenas havendo emprego de índice, ou seja, expressão matemática quantificadora dos juros, em caráter flutuante, ao invés de fixo, o que não afronta nenhuma norma vigente, antes faz cumprir várias, conforme acima elencadas.

O índice matemático configura apenas a taxa dos juros, não o juro em si. Esse, como já demonstrado, constitui o rendimento do capital, ao passo que a taxa emerge unicamente como o elemento de quantificação da obrigação, cujo aspecto material remanesce sendo o de pagar os juros, vale dizer, os frutos civis do capital. Juros esses que apenas têm sua extensão (*rectius* montante, tratando-se de obrigação pecuniária) determinada, ou determinável, pela taxa, mas não vem a ser ela, ou então sequer se poderia estar a cogitar da mensuração de uma coisa por outra, como ocorre aqui. Não se deve, nem se pode, pois, confundir e amalgamar os juros com a taxa dos juros.

Bastante precisa nesse sentido é a preleção de Letácio Jansen, a propósito:

“Na linguagem corrente, a taxa e os juros muitas vezes se confundem diz-se, por exemplo, que a taxa é periódica, de curto ou longo prazo, ou que é limitada, quando se quer dizer que os juros são periódicos, de curto ou longo prazo, ou que são limitados. Juridicamente, porém, não se devem confundir as noções de taxa e de juros. (Panorama dos Juros no Direito Brasileiro Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2002, pg 31)”

Pode-se, pois, alcançar, enfim, o arremate, sem laivos de dúvidas, de que a **taxa SELIC obedece a devida legalidade, não havendo inconstitucionalidade** qualquer nela, à similitude da TRD, nesses aspectos levantados, de maneira a inoconter vício que desautorize sua aplicação, sendo, pelo contrário, essa imperiosa, como necessidade de respeito aos preceitos legais vigentes disciplinadores da matéria

De idêntica forma já se manifestou, a propósito, a Subprocuradoria Geral da República, nos autos do R. Esp. 215881/PR:

“Como se constata, o SELIC obedeceu ao princípio da legalidade e da anterioridade fundamentais à criação de qualquer imposto, taxa ou contribuição, tornando-se exigível a partir de 1.1.1996. E, criado por lei e observada a sua anterioridade. O SELIC não é inconstitucional como se pretende no incidente. Tampouco o argumento de superação do percentual de juros instituído no CTN o torna inconstitucional, quando muito poderia ser uma ilegalidade, o que também não ocorre porque se admite a elevação desse percentual no próprio Código”

No mérito, portanto, mais do que incontendível troveja ser a total **improcedência** das alegações da recorrente, não se impondo outra alternativa além daquela de as refutar de pronto.

Conforme determinação legal, adota-se o percentual estabelecido na lei como juros de mora. Em sendo a atividade de fiscalização plenamente vinculada, não há outra medida que não seja a estrita obediência ao que dispõe a lei, nos termos do art. 142 do CTN:

“Art. 142 Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível

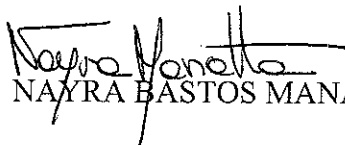
Parágrafo único A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional...”

Todavia, deve ser tecida aqui um parêntesis. Apenas incidirão juros de mora sobre os valores devidos e não recolhidos, lançados de ofício, considerando como valores devidos nos moldes da LC 07/70, por período de apuração, aqueles determinados e definidos na execução de sentença já mencionada.

Assim sendo voto por não conhecer da matéria submetida à apreciação do Judiciário, qual seja: exigência do PIS nos moldes da LC 07/70, nos períodos de outubro/91, janeiro a outubro/92 e fevereiro/93, e, em relação às demais matérias por negar provimento ao recurso voluntário interposto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 08 de maio de 2009


NAYRA BASTOS MANATTA

Voto Vencedor

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Redator Designado

Fui indicado pela digna presidenta para redigir o acórdão por meio do qual a Câmara, por maioria, afastou a exigência consubstanciada no auto de infração, não acolhendo, assim, a proposta da relatora.

Como está bem fundamentando no relatório por ela elaborado e aqui adotado, a autuação discutida pretende exigir diferenças que seriam devidas com base na Lei Complementar 7/70. Não ignora a autoridade lançadora que a empresa questionara judicialmente a validade das determinações introduzidas pelos decretos-leis 2.445 e 2.449, tanto que faz expressa referência quanto a isso.

Entendeu, contudo, que o valor devido com base nas disposições que deveriam prevalecer caso vencedora a pretensão da empresa, isto é, com base na Lei Complementar 7/70 seria superior àquele já recolhido com base nos decretos. É esse o montante ora exigido e ele se deve a dois fatos: em primeiro lugar, a autoridade lançadora entende que a empresa se enquadra na sistemática do PIS faturamento; em segundo lugar, aplicando entendimento reiterado da administração, considera que a base de cálculo corresponde ao faturamento do próprio mês.

³

Em suma, a autuação decorre de se calcular a contribuição ao PIS faturamento, em obediência à Lei Complementar 7/70 sem respeito à chamada semestralidade – base de cálculo corresponder ao faturamento do sexto mês anterior sem correção. Nesses termos, duas seriam as questões a merecer definição pelo Poder Judiciário: se é de pis faturamento mesmo que se trata, dado que a empresa é uma construtora e, como tal, se pretende contribuinte na modalidade de PIS dedução e repique; segundo, caso seja mesmo devido o PIS faturamento, se cabe a chamada semestralidade ou não

No momento da lavratura do auto de infração nenhum desses aspectos tinha já recebido definição pelo Judiciário. Até aí, portanto, nada haveria a objetar ao voto da i presidenta, que reconhecia a renúncia à instância administrativa decorrente do recurso ao Poder Judiciário. E como não havia ainda definição daquele soberano poder cabia, como em tantos outros casos, manter o lançamento efetuado dado que nenhuma decisão havia que o impedisse e se a empresa viesse a perder a ação caberia a exigência.

Ocorre que nos autos há a notícia de que a empresa ingressou com nova ação judicial na qual, com base no efeito *erga omnes* decorrente da Resolução 49 do Senado Federal, postulou o reconhecimento da existência de indébito tributário relativo à contribuição, calculada esta como PIS dedução e repique, mesmo não tendo ainda o Poder Judiciário dito, de forma clara, que essa seria a sistemática a ela aplicável.

E se deu notícia nos autos de que esta ação já teve decisão definitiva favorável à empresa. Ou seja, o Poder Judiciário soberanamente decidiu que os recolhimentos efetuados pela empresa com base nos decretos inconstitucionais excedem o montante devido com base na Lei Complementar, entendido este como Pis dedução e repique e não pis faturamento.

Assim postos os fatos, a maioria do Colegiado considerou que já não se trata mais de renúncia à instância administrativa em decorrência do recurso ao Poder Judiciário. Trata-se, ao contrário, de dar cumprimento à decisão judicial definitiva já proferida por aquele soberano Poder. E não há a menor dúvida de que cumpri-la significa afastar a exigência, uma vez que, segundo ela, nada há mais a exigir da empresa

É certo, e disso têm plena consciência os conselheiros que adotamos essa posição, que a primeira ação proposta pela empresa não tivera pronunciamento definitivo pelo Poder Judiciário. Ainda assim entendemos que ele não poderá jamais contrariar a decisão já proferida na outra ação; mais até, esta segunda ação e o seu definitivo julgamento retiram qualquer efeito àquela primeira, mesmo que não se entenda que para isso bastaria a Resolução do Senado.

Reitere-se, mesmo que pareça redundante, que o fator determinante para esse entendimento não é a mera existência de uma segunda ação. O que a faz obrigatória é o trânsito em julgado da decisão que, ainda que incidentalmente, considerou devida a contribuição na modalidade PIS repique. Ou seja, não há mais como defender que seja ela devida sobre o faturamento o que torna despropositada a discussão acerca da semestralidade.

E com base nessas considerações, entendemos indevido o lançamento perpetrado, votando a maioria pelo provimento do recurso.



Este o acórdão que me coube redigir.

Sala das Sessões, em 08 de maio de 2009


JULIO CESAR ALVES RAMOS

