



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

Processo nº	18471.002314/2003-17
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3302-01.186 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	31 de agosto de 2011
Matéria	PIS
Recorrente	TELEMAR NORTE LESTE S/A
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA o PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 30/06/2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL. EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO PROFERIDA. Os Embargos de Declaração têm por finalidade esclarecer o conteúdo da decisão anteriormente proferida. Se há alguma obscuridade, dúvida ou omissão é impossível permitir que a decisão surta efeitos, sob pena de a decisão dos Embargos de Declaração alterar seu conteúdo.

INCORPORAÇÃO. PENALIDADE. SUCESSÃO. SÚMULA 47 DO CARF
Nos termos da Súmula 47 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF - é de se reconhecer a sucessão de multa de ofício no caso de cisão, fusão e aquisição entre empresas do mesmo grupo econômico.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do redator designado. Vencidos, quando à incidência de juros de mora nos depósitos judiciais, os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas (relatora), Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto. Designado o conselheiro Walber José da Silva para redigir o voto vencedor. Presente ao julgamento o Dr. Ruy Gustavo dos Santos Pontes – OAB/PE 7472187.

Walber José da Silva - Presidente.

Fabiola Cassiano Keramidas - Relatora

EDITADO EM: 07/11/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas (Relatora), Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado para fim de constituir débitos de contribuição ao Programa de Integração Social – PIS - referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de março a junho de 2001.

Por retratar a realidade dos fatos, peço vênia a meus pares para transcrever o relatório constante da decisão de primeira instância administrativa:

"A DEFIC/Rio de Janeiro/RJ lavrou Auto de Infração, fls. 05/09, para exigir a Contribuição para o PIS no valor de R\$266.483,38, com a multa de ofício de 75% e os juros de mora de acordo com a legislação pertinente e enquadramento legal às fl. 07.

Conforme Termo de fl. 04, o lançamento decorre de levantamento efetuado em 10/2002 sobre vinculação indevida de créditos e débitos do PIS declarados em DCTF, para os períodos de 03 a 06/2001, a título de exigibilidade suspensa por medida judicial, em relação ao contribuinte Telecomunicações de Minas Gerais S/A-TELEMIG, CNPJ 17.184.201/0001- 99, incorporada pela interessada em 03/08/2001 (fl. I 12).

A fl. 12, Memo da Equipe de Ações judiciais do SECAT/DRF-B1-1/MG, referente ao MS nº 1999.38.00.019.629-5 — alargamento da base de cálculo da contribuição previsto na Lei 9718/98, informando que a ação transitou em julgado em 23/04/2002, com acórdão favorável à Fazenda Nacional. Constatou, também, que a vinculação de parte dos débitos de 05/2000 a 06/2001 à suspensão por medida liminar, sem depósito e sem provimento judicial favorável, estava equivocada. Em 30/07/2001, o contribuinte efetuou um único depósito de R\$ 962.314,62 sem discriminar os créditos tributários. Assim, confrontando os valores declarados em DCTF como suspensos com esse depósito, apurou um saldo devedor no valor de R\$ 378.103,82, que corrigido com acréscimos legais até 27/08/2002 resultou na Tabela de fl.13, base para apuração do crédito tributário, conforme fls. 04 e 07.

Intimada em 14/10/2003, fl. 04, apresentou a impugnação de fls. 52/58, em 04/11/003, anexos de fls. 59/662, onde alegou, em Síntese, o seguinte:

. em 05/1999 houve o deferimento da liminar quanto à Cofins e o indeferimento quanto ao PIS. A sentença de 1^a Instância concedeu a segurança, autorizando o recolhimento da Cofins conforme Lei Complementar 70/91 e do PIS pela Lei 9715/98. Com a exigibilidade suspensa, a impetrante continuou efetuando pagamento em DARF, optando a partir de 05/2000 por não recolher e declarar em DCTF, com exigibilidade suspensa, somente a parcela do crédito contestada judicialmente;

. a 3^a. Turma do TRF da 1^a. Região deu provimento à apelação da União em 29/11/2000, reformando a sentença, tendo a Telemar/MG oposto embargos de declaração, cuja decisão só veio a ser publicada em 04/2002;

. efetuou em 30/07/2001, o depósito integral dos valores contestados que não havia sido recolhidos por DARF, para suspender a exigibilidade do crédito com fulcro no art. 151, II do CTN, calculando principal e juros Selic, não aplicando a multa de mora uma vez que o depósito atendeu o prazo da Lei 9.430/96, art. 63, §2º;

. o saldo apurado pelo Fisco decorre de considerar devida a multa de mora entre a data do vencimento e a data do depósito judicial, alem de aplicar a multa de ofício sobre o valo residual do debito apurado;

. conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, a exigibilidade encontrava-se suspensa até abril/2002, data da decisão que rejeitou os embargos. Na ausência de ordem expressa para que se de eficácia immediata à decisão embargada, esta só pode ser cumprida após publicada sua declaração;

. continua em vigor a sentença de 1^a. instância, favorável em parte a ante, sendo descabido o lançamento mesmo com a finalidade específica de evitar a decadência;.

. ainda que se entendesse possível o lançamento só para evitar a decadência, ao cobrar a multa de ofício contraria a disposição do art. 63 da Lei 9430/96;

▪ de acordo com os arts. 132 e 134 do CTN a PJ que resultar de fusão, transformação ou incorporação é responsável pelos tributos devidos até a data do respectivo sim, a multa de ofício não se aplica a incorporadora, não podendo extender o dispositivo; os sucessores só respondem pelo tributo e o STF tem decidido que multas punitivas só podem irrogadas ao infrator;

. conforme decisão do STJ, somente a multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo Ser exigida do sucessor — que não é o caso dos atos pois o lançamento foi efetuado em 13/10/2003, posterior ao ato da incorporação, em 02/08/01

• cita jurisprudência administrativa, para justificar a exclusão da multa;

- a taxa Selic é imprestável como índice de juros de mora, conforme reconhecimento pelo STJ, devendo ser aplicado o teto de 1% a.m..

A interessada juntou aos autos cópias de documentos referentes ao processo, dos quais destacam -se as seguintes informações:

. copias do Mandado de Segurança, de 26/05/1999, fls. 124/145;

. Decisão da Juiza Federal da 20a Vara da Seção Judiciária do Estado de MG, em 27/05/ 999, fls. 184/188;

• Interposto o Agravo da interessada em 09/06199, fls. 217/236, tem-se a Decisão de fl. 47: "mantenho a decisão agravada", em 04/08/99; e o Agravo da Unido, em 26/07/99, fls. 23/245, cuja decisão à fl. 249, em 20/08/99, suspendeu a liminar referente a Cofins;

• As fls. 251/260, na Sentença nº 2818 de 1^a instancia, de 30/08/99, publicada em 03/19/99, fl. 261, a liminar foi parcialmente revogada para conceder em parte a segurança, fl. 259, autorizando o recolhimento do PIS nos moldes da Lei 9.715/98;

• Após embargos de declaração, fls. 266/272, rejeitados em 22/09/99, publicados em 28/09/99, fl. 275, e recurso de apelação da interessada, fls. 277/284 e da Unido, fls. 289/291, tem-se as contra-razões da interessada, fls. 295/313;

. À fl. 318, os autos foram recebidos pelo TRF da 1^a Região, sob nº AMS.01.00.033917-2-MG;

Em 27/06/2000, fl. 336, saiu a Decisão da 3^a Turma do TRF da 1^a Região, publicada em 29/11/2000, fl. 338, reformando a sentença, "à unanimidade, negou provimento apelação da Telemig, deu provimento à apelação da Unido Federal...", reformando a sentença, denegando a segurança e julgando prejudicada a remessa;

. A interessada entrou com Embargos de Declaração em 05/12/2000, fls.341/348, e em 23/05/2001, conforme fl. 352, solicitou guia para depósito judicial, conforme art. 151 do CTN, tendo efetuado o depósito de R\$ 962.314,62, Código 7460, em 30/07/2001, fl. 363 , indicando no DARF como Período de Apuração para o PIS 05/2000 a 06/2001;

. À fl. 370, a interessada refere-se a depósito judicial referente a fatos geradores de 08/2001, copia DARF de fl. 372 referente ao PIS;

. Em 05/11/2001, fls. 374/382, a Telemar Norte Leste S/A comunica ao Juizo que, por ato de 13/07/2001, incorporou a Telecomunicações de Minas Gerais S/A Telemig (interessada), passando a responsável pelos tributos devidos e sendo a sua substituta processual - (no Sistema CNPJ da SRF a data da incorporação é 03/08/2001, fl. 110);

. Em 20/02/2002, a 3^a Turma do TRF da 1^a Região, por unanimidade, rejeitou os Embargos de Declaração, fls. 442/443, publicado em 05/04/2002, fl. 444;

. À fl. 453, Certidão em 13/05/2002 de que o acórdão transitou em julgado em 23/04/2002;

. À fl. 539, petição da interessada requerendo Desistência do feito em 30/09/2002, com conversão de depósito em renda e expedição de alvará de levantamento de crédito, tendo a manifestação da PGFN em 24/10/2002, fls. 589/591, e a decisão, indeferindo o pedido às fl. 592, nos seguintes termos: "a decisão ad quem transitou em julgado, conferindo ao revisor da sentença a imutabilidade peculiar a espécie", publicada em 15/11/2002;

. a fl. 601, o Despacho de 26/02/2003, com a determinação de conversão em renda da União Federal de todos os depósitos judiciais relativos às exações questionadas.

. às fls. 594/621, cópias do pedido de autorização de levantamento correspondente ao depósito de 08/2001, com seus desdobramentos, até o desfecho de fl. 621, 05/05/2003, que aditou a decisão de conversão em renda, excetuando o efetuado em agosto de 2001, o qual permanecerá à disposição do juízo até julgamento final do agravo de instrumento nº 2003.01.00.007908-0-MG pelo TRF - 1ª Região;

Juntei aos autos a consulta processual junto ao TRF da 1ª Região de fls. 666/667."

Após a análise da defesa da Recorrente a Sétima Turma da Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro – RJ I, proferiu o acórdão nº 12-13.743-7, que restou assim ementado:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/03/2001, 30/04/2001, 31/05/2001, 30/06/2001

FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO
Constatada, por imputação do depósito judicial convertido em renda, a insuficiência de recolhimento da contribuição para o PIS, procedente é o lançamento sobre a diferença, com os devidos acréscimos legais.

MULTA DE OFÍCIO. Cabível o lançamento de multa de ofício quando a exigibilidade do crédito não estiver suspensa por liminar em mandado de segurança ou depósito integral do crédito tributário.

MORA - TAXA SELIC. E cabível, por expressa disposição percentual legal, a exigência de juros de mora em superior a 1%. A partir de 01/04/1995, os juros de mora são equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Lançamento Procedente."

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário contra a decisão exarada alegando, em síntese: **(i)** a vigência de decisão favorável à época do depósito judicial,

em vista do efeito suspensivo dos embargos de declaração; (ii) a impossibilidade de transferência da multa para o sucessor por incorporação e (iii) a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

É o relatório.

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatado, registro que a controvérsia dos autos cinge-se a três pontos: (i) o efeito suspensivo dos Embargos de Declaração; (ii) a impossibilidade de sucessão de multa; (iii) a constitucionalidade declarada da Lei nº 9.718/98.

(i) Do Efeito suspensivo dos Embargos de Declaração

Do cômputo dos autos verifico que no caso em apreço a Recorrente impetrou o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.019.629-5 na intenção de obter a declaração de constitucionalidade do alargamento da base de cálculo da contribuição ao PIS e Cofins previsto na Lei 9718/98.

De acordo com as fls. 251/261 (fls. Eletrônica do volume II), a Recorrente obteve Sentença favorável ao seu pleito, (Sentença nº 2818, datada de 30/08/99, publicada em 03/09/99), autorizando o recolhimento do PIS nos moldes da Lei 9.715/98 e da Cofins nos termos da LC 70/91.

Com base na mencionada decisão favorável a Recorrente deixou de recolher a parte controversa da contribuição ao PIS nos meses de 03 a 06/2001.

Após analisar a remessa de ofício e o recurso de apelação (TRF da 1ª. Região, AMS.01.00.033917-2-MG), a 3ª Turma do TRF da 1ª. Região proferiu o acórdão publicado em 29/11/2000, fls. 13/29 (fls. Eletrônicas do volume II), reformando a sentença, "à unanimidade, negou provimento apelação da Telemig, deu provimento à apelação da União Federal...".

Inconformada a Recorrente interpôs Embargos de Declaração (fls. 35/49 – Eletrônica, volume II).

As Fls.53/55 – eletrônica, volume II – consta petição da Recorrente solicitando guia para depósito e juntando planilha de valores, indicando a competência e a composição de cada período acrescido de juros (taxa selic). O depósito foi realizado em guia única na data de 13/07/2001 (fls. 66 – eletrônica, volume II).

Os Embargos de Declaração foram julgados em 20/02/2002 (fls. 196/200 – Eletrônica, volume II).

Em virtude da ordem dos fatos é que foi lavrado o auto de infração em análise. A fiscalização entendeu que os Embargos de Declaração não possuíam efeito

suspensivo e, portanto, a Recorrente estava em mora. Por estar em mora deveria ter realizado o depósito acrescido de multa, o que não foi feito.

Neste momento, ao invés de aplicar a multa isolada de 75% cabível à época (artigo 44, §1º, da Lei nº 98.430/96 - recolhimento do principal sem multa de mora), a fiscalização optou por proceder à imputação do pagamento, considerando o valor acrescido e multa de mora, e lançou a diferença de principal/multa/juros.

Por outro giro, em seu entender, a Recorrente depositou integralmente o valor devido, calculando para isso o principal acrescido dos juros, nos termos do §2º, artigo 63, Lei nº 9.430/96, *verbis*:

"Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 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."

Registra-se que a autoridade administrativa entende inaplicável o mencionado artigo seja porque a contribuição ao PIS não teve decisão liminar favorável, apenas sentença, seja porque os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo.

No que se refere à decisão favorável, não merece guardada a interpretação restritiva da decisão de primeira instância, ainda que não houvesse liminar, a Recorrente teve em seu favor decisão de mérito, válida, vigente e eficaz, uma vez que o recurso de apelação, em mandado de segurança não possui efeito suspensivo. Neste aspecto, na hipótese de a conduta da Recorrente não estar tipificada no §2º, estaria tipificada no §1º, pois o débito estava com a exigibilidade suspensa por força da sentença proferida no mandado de segurança "antes de qualquer procedimento de ofício a ele relativo".

Em relação aos efeitos dos Embargos de Declaração, a meu ver, e conforme manifestações já apresentadas em julgamentos desta Turma, os Embargos de Declaração têm efeito suspensivo, pois a regra geral que estabelece os efeitos dos recursos é a de que tenham efeito suspensivo e devolutivo.

Destaco, ainda, que no meu entendimento o efeito suspensivo dos Embargos de Declaração independente dos efeitos que possuem os demais recursos cabíveis contra a decisão embargada - cujo prazo os Embargos interrompem. Advém da regra geral de que todos os recursos têm efeito suspensivo, a menos que a Lei venha a excepcioná-lo desta regra. Assim, entendo que não importa os efeitos que possuem os recursos seguintes cabíveis.

Ressalto, ainda, que o efeito suspensivo é imprescindível **aos Embargos de Declaração, na medida em que, uma vez opostos, a finalidade é que venham a esclarecer**

alguma obscuridade, sanar omissão ou contradição, a fim de que a decisão possa ser adequadamente cumprida.

Negar efeito suspensivo aos Embargos de Declaração seria permitir o cumprimento inadequado da decisão proferida, admitindo-se, inclusive, o risco de perda ou dano ao direito tratado.

Corrobora este entendimento voto proferido pelo Ilmo. Conselheiro Alexandre Gomes, nos autos do processo nº 10680.021762/99-87, *verbis*:

“A regra processual esculpida no Código de Processo Civil tem como regra geral a suspensividade dos recursos, negando-lhe expressamente tal efeito em casos específicos, como no Recurso Especial e Extraordinário¹.

Se a lei processual silencia a respeito dos efeitos aplicáveis aos declaratórios, não há como deixar de aplicar-lhes a regra geral.

Humberto Theodoro Junior² assim ensina:

Certo que em alguns casos a lei, prevendo a conveniência de autorizar a execução provisória, estatui que o recurso somente terá efeito devolutivo. Isto, porém, representa situação de exceção, que, por isso mesmo, se presta a confirmar a regra geral de que o efeito natural, na espécie, é o de suspender a eficácia do ato judicial impugnado.

Ressalta, a propósito, BARBOSA MOREIRA, que o Código, ao cuidar das “Disposições Gerais” do capítulo pertinente aos recursos, julgou necessário indicar, logo no segundo dispositivo” (i.e., no art. 497) “os casos em que a interposição de recurso não tem efeito suspensivo”.

Nesse sentido, aduz COUTURE que a privação provisória de efeitos da decisão recorrida “es connatural con los procedimientos de impugnación, y sólo en casos excepcionales es posible prescindir de la suspensión de los efectos del fallo impugnado”.

A razão de ser desse enunciado legal situa-se no fato de que “a regra, na matéria, é a da suspensividade, como, aliás, ressumbra do tratamento dado, no particular, à apelação. Por conseguinte, sempre que o texto silencie, deve entender-se que o recurso é dotado de efeito suspensivo: assim ocorre com os embargos infringentes”.

De igual teor é o pensamento, também, de NELSON NERY JÚNIOR, para quem “no sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos suspensivo e devolutivo”.

¹ Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

² Humberto Theodoro Júnior, Os Embargos de Declaração e Seus Efeitos, Juris Síntese 36, 08/02 (<http://www.direitointegral.com/2008/12/embargos-declaracao-efeito-suspensivo.html>)

Uma vez, pois, que o Código de Processo Civil não priva os embargos de declaração, por regra alguma, da natural eficácia suspensiva, urge reconhecê-la, como decorrência natural e lógica do sistema recursal adotado por nosso direito positivo. É a conclusão a que chega a melhor doutrina:

“Como os recursos em geral, salvo exceção expressa, os embargos de declaração mantêm em suspenso a eficácia da decisão recorrida”.

Para NELSON NERY JÚNIOR, pelos fundamentos já expostos, “são também recebidos no duplo efeito os embargos de declaração (art. 538, caput, do CPC) e os embargos infringentes (art. 530, CPC)”.

Anota NELSON LUIZ PINTO, sobre o tema, que os embargos de declaração, como os recursos em geral, são dotados dos efeitos devolutivo e suspensivo. Têm o efeito devolutivo “na medida em que proporcionam a devolução da matéria decidida ao Poder Judiciário”, embora a revisão a ser efetuada fique restrita ao “esclarecimento e integração do decisório embargado”. Sua interposição, outrossim, obsta à formação da coisa julgada ou à preclusão da decisão recorrida”. E, enfim, “possuem os embargos de declaração, também, efeito suspensivo da executoriedade da decisão recorrida, não permitindo que se proceda à execução provisória”.

Aliás, mais do que qualquer outro recurso, os embargos de declaração não podem prescindir da força de suspender a decisão impugnada. Sua própria índole é a de aperfeiçoar o ato judicial que, como está, se revela lacunoso, contraditório ou impreciso, tornando-se, por isso, de difícil compreensão e de perigosos resultados práticos.

O julgamento de qualquer recurso tende a substituir o julgado anterior, ou seja, o que foi objeto de impugnação, de maneira que a eficácia natural do ato emanará do segundo julgamento e não do primeiro.

Essa necessidade de aguardar o julgamento do recurso torna-se muito mais enérgica nos casos do art. 535 do CPC, tanto que o Código manda interromper o prazo para o recurso principal, ou seja, para o recurso de impugnação e revisão do conteúdo do decisório embargado. Isto revela que há uma razão lógica para ter-se como de eficácia suspensa a sentença embargada. É que “não se pode compelir o legitimado a recorrer de ato judicial cujo sentido ele não alcança por causa da obscuridade, contradição ou omissão”.

No presente caso o depósito judicial foi realizado enquanto pendentes de análise os Embargos de Declaração, ou seja, enquanto vigia a sentença favorável à Recorrente. A decisão então favorável somente deixou de produzir efeitos (foi cassada) com a publicação do acórdão que julgou os Embargos de Declaração, o que ocorreu em 20/02/2002.

Neste sentido, o auto de infração não poderia ter sido lavrado, pois o depósito, acrescido dos juros é suficiente para a quitação do débito.

(ii) Da Impossibilidade de Sucessão de Multa

Partindo da premissa que o cancelamento total do auto de infração não prevaleceu na turma de julgamento, e uma vez que se trata de órgão colegiado, passo a analisar os demais argumentos.

Em relação à sucessão de multa, minha opinião pessoal é de que a razão pertence à Recorrente. Realmente, entendo que o Código Tributário Nacional é bastante claro ao se referir à transferência das multas punitivas para a Daniel, suas sucessoras. O artigo 132 é cristalino ao indicar que a sucessão é apenas do valor do tributo, *verbis*:

"Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas." (destacamos)

Ademais, as penalidades são de caráter personalíssimo, razão pela qual não seriam suscetíveis de transferência por incorporação.

Todavia e, à despeito deste entendimento, é de se mencionar que este Egrégio Tribunal Administrativo possui uma Súmula sobre esta matéria, e a conclusão vai em sentido diametralmente oposto ao externado por esta Conselheira. É o que se verifica do texto abaixo mencionado:

"Súmula CARF nº 47: Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico."

Desta forma e por expressa determinação regimental (RICARF - artigo 45, inciso VI), concluo pela possibilidade pela sucessão da multa no caso de incorporação de empresas no mesmo grupo econômico.

(iii) Da Inconstitucionalidade Da Lei nº 9.718/98

Ao adentrar no mérito, que deve ser analisado em virtude da decadência ser parcial, duas questões restam para análise. **A primeira é processual, e remete à possibilidade ou não deste Colegiado, uma vez autorizado por seu Regimento Interno, aplicar a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal** quando da análise dos REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084.

Conforme relatado, verifica-se que a Recorrente apresentou medida judicial (mandado de segurança nº 99.0017922-6) para discutir a constitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e Cofins, trazida pela Lei nº 9.718/98. Todavia, não obteve êxito nesta ação, sendo que a decisão do tribunal que lhe foi contrária transitou em julgado em abril/02.

No presente recurso, pretende a Recorrente a aplicação do posicionamento do Supremo independentemente desta decisão judicial, uma vez que se trata de exigência fundada em norma nula.

Pois bem. Confesso que me incomodo com a manutenção de uma cobrança pautada em legislação sabidamente inconstitucional. Parece-me absurdo, no que se refere à justiça, a manutenção de qualquer auto de infração fundamentado em “norma nula”. Isto porque, doutrinariamente falando, lei inconstitucional é lei nula, e a consequência da nulidade é justamente a ausência de produção de efeitos. Algo que nunca existiu – ou nunca deveria ter existido – certamente nunca produziu efeitos – ou nunca poderia tê-los produzido. E, até então, a declaração de inconstitucionalidade traria a situação julgada para seu *status quo ante*, ou sejam para o estado imediatamente anterior. Digo que “até então” pois a “modulação” dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, a meu ver, trouxe certa confusão às estáticas significações de nulidade e anulação, sendo que hoje algo pode ser nulo mas produzir efeitos até um determinado momento.

Todavia, e a despeito de toda divagação entre o que é nulo e o que é anulável, analisando o fato *in concreto*, tem-se que a Recorrente foi ao judiciário buscar um determinado provimento jurisdicional que lhe foi negado. Obteve uma ordem judicial contrária ao seu pleito, e solicita, a este tribunal, que altere esta ordem judicial. Não que os motivos não sejam relevantes, a ordem está pautada em uma norma que o Supremo Tribunal Federal disse ser nula, entretanto, ao fim o que se requer é que um tribunal administrativo altere uma decisão definitiva de um tribunal judicial, o que não pode ser feito por absoluta ausência de competência.

Apenas o judiciário é competente para modificar decisão terminativa proferida por seus membros. Esta espécie de “controle”, inclusive em respeito ao pacto federativo, não pode ser realizada por órgão administrativo vinculado ao Poder Executivo. É a segurança jurídica do contribuinte, inclusive defendendo o cidadão do governante do próprio Estado.

É exatamente por isso que o ordenamento jurídico prevê as possibilidades de reversão de decisão judicial transitada em julgado (Ação Rescisória, artigo 485 do Código de Processo Civil – CPC), trazendo inclusive limites para esta alteração. Limites estes impostos para os próprios membros do judiciário que irão reavaliar o que foi decidido.

A questão aqui analisada se complica ainda mais, porque a decisão do tribunal superior que concluiu pela inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, não foi proferida em controle concentrado de constitucionalidade, mas apenas em controle difuso, em rigor aplicável apenas às partes participantes dos autos daqueles processos (REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084). Da mesma forma, não foi requerida ao Senado Federal a expedição de uma Resolução, na intenção de que a citada norma fosse expurgada do ordenamento jurídico. Tais fatos são relevantes, porque a decisão do STF não possui efeitos *erga omnes*.

Assim, ao acolher a tese da Recorrente este Colegiado, pertencente a um tribunal administrativo vinculado ao Poder Executivo, estaria contrariando uma decisão judicial transitada em julgado com base em precedente da Suprema Corte, em uma decisão que não tem efeitos para outros contribuintes ao não ser aqueles vinculados aos processos judiciais naquele momento julgados.

Anoto que o Regimento Interno deste Tribunal permite que os julgadores administrativos reconheçam a constitucionalidade de leis já desta forma julgadas pelo Pleno do STF, certamente com a intenção de diminuir a quantidade de processos que mesmo tratando de causas decididas ainda tramitam pelo judiciário. Entretanto, entendo que tais regras, que são administrativas, não autorizam a utilização destas decisões para modificar a coisa julgada judicial.

Desta forma, apesar de compreender que a manutenção da exigência significa permitir a cobrança de tributo pautado em norma considerada pela Suprema Corte nos REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084 como constitucional, em vista da questão específica ora analisada e das limitações que são impostas aos julgadores administrativos, não vejo outra opção a não ser negar provimento ao Recurso do contribuinte neste particular.

Ante o exposto CONHEÇO do presente posto que de acordo com os pressupostos de admissibilidade, e no mérito DOU PROVIMENTO ao recurso, por reconhecer os efeitos suspensivos dos Embargos de Declaração para o fim de cancelar o auto de infração.

É como voto.

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS