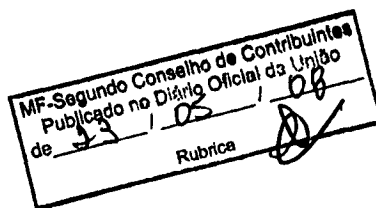




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	19647.002412/2003-68
Recurso n°	133.273 Embargos
Matéria	Cofins
Acórdão n°	202-18.728
Sessão de	13 de fevereiro de 2008
Embargante	PRESIDENTE DA SEGUNDA CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessado	D'Marcas Comércio Ltda.



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Exercício: 2001, 2002

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. PROVIMENTO.

Constatada a contradição no acórdão recorrido, é de se conhecer e prover os Embargos de Declaração, reformulando o Acórdão nº 202-17.272, cuja ementa passa a ter a seguinte redação:

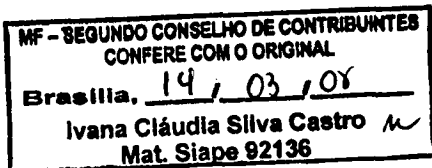
“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para o sobrestamento do julgamento de processo de exigência fiscal, ao processo judicial, dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal. A Administração Pública tem o dever de impulsionar o processo até sua decisão final (Princípio da Oficialidade). Apenas a cobrança do débito deverá aguardar ao pronunciamento judicial, se demonstrada a ocorrência de uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário.

TAXA SELIC.

É lícita a exigência do encargo com base na variação da taxa Selic conforme precedentes jurisprudenciais – AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 – SC.

MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.



A inadimplência da obrigação tributária principal, na medida em que implica descumprimento da norma tributária definidora dos prazos de vencimento, tem natureza de infração fiscal, e, em havendo infração, cabível a infligência de penalidade, desde que sua imposição se dê nos limites legalmente previstos.

Recurso negado."

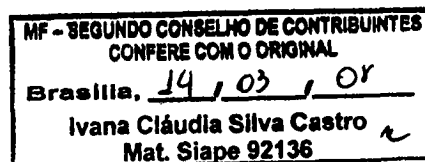
Embargos de declaração acolhidos.


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração com efeitos infringentes para retificar o Acórdão nº 202-17.272, cujo resultado do julgamento passa a ser o seguinte: *"Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso."*

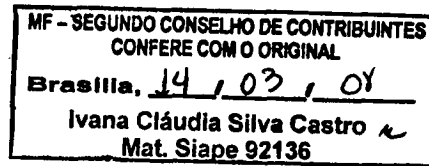

ANTONIO CARLOS ATULIM

Presidente




GUSTAVO KELLY ALENCAR
Relator

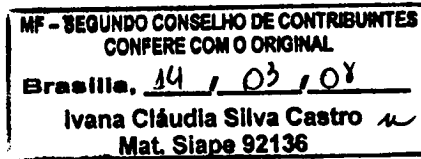
Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente), Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López.



Relatório

Trata-se de embargos de declaração interpostos pelo Ilmo. Presidente da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em virtude de supostas contradições existentes no acórdão embargado.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro GUSTAVO KELLY ALENCAR, Relator

Conheço dos embargos por verificar a existência das contradições apontadas.

De fato, contra a empresa foram lavrados dois autos de infração, de PIS e de Cofins, sendo certo que no auto de infração de PIS as competências lançadas encontram-se com sua exigibilidade suspensa, o que inócorre no presente processo, de Cofins.

Assim, dou provimento aos embargos, com efeitos infringentes do julgado, para manter a multa de ofício aplicada, porque as competências lançadas se referem a diferenças não declaradas e não depositadas em juízo, como se infere do relatório de verificação fiscal de fls. 18/23. Reformulo o voto para que seja mantida a multa de ofício anteriormente cancelada. O acórdão recorrido então passa a ter a seguinte ementa:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não há previsão legal para o sobrestamento do julgamento de processo de exigência fiscal, ao processo judicial, dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal. A Administração Pública tem o dever de impulsionar o processo até sua decisão final (Princípio da Oficialidade). Apenas a cobrança do débito deverá aguardar ao pronunciamento judicial, se demonstrada a ocorrência de uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário.

TAXA SELIC. É lícita a exigência do encargo com base na variação da taxa SELIC conforme precedentes jurisprudenciais – AGRG nos EDcl no RE n.º 550.396 – SC.

MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. A inadimplência da obrigação tributária principal, na medida em que implica descumprimento da norma tributária definidora dos prazos de vencimento, tem natureza de infração fiscal, e, em havendo infração, cabível a infligência de penalidade, desde que sua imposição se dê nos limites legalmente previstos.

Recurso negado.”

O voto reformulado passa a ter a seguinte redação:

“VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR GUSTAVO KELLY ALENCAR

Tempestivo é o recurso e vem acompanhado de arrolamento de bens. Conheço do recurso e passo a julgá-lo.

As matérias objeto do recurso voluntário podem ser assim sintetizadas:

I- sobrestamento do julgamento à decisão do Mandado de Segurança Coletivo;

II -consectários legais: Selic e Multa.

Passo ao exame das matérias acima discriminadas:

I- Sobrestamento – efeitos do MS coletivo

A recorrente solicita o sobrestamento (SIC) do feito em razão de ter em seu favor decisão judicial que a protege da cobrança em debate, sentença no Mandado de Segurança n. 2000.83.08.000453-2 (Doc. 02) o qual tramita na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, impetrado pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Petrolina em favor de seus filiados, dentre os quais a mesma se encontra, decisão esta que lhes reconhece o direito de recolher o PIS e a Cofins sobre o lucro bruto e não pelo faturamento, como exige a Lei nº 9.718/98.

A contribuinte possui uma ação individual e outra coletiva. Pede, portanto, que seja o presente julgamento sobrestado à decisão da ação coletiva.

Penso equivocado o pedido da contribuinte. Em primeiro lugar porque, em relação ao Mandado de Segurança Coletivo, sequer ocorre renúncia administrativa. O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, determina que se o contribuinte propuser mandado de segurança, ação ordinária de repetição de indébito ou ação anulatória do lançamento, isso importará em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa ou desistência de recurso acaso interposto. A função desse dispositivo é justamente evitar decisões contraditórias entre as esferas administrativa e judicial, privilegiando esta última em decorrência do princípio da jurisdição una acima citado.

O mandado de segurança coletivo está submetido à normatização específica instituída pelo art. 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição Federal e pela Lei nº 1533, de 31 de dezembro de 1951. Seu objeto é a defesa de direito líquido e certo de um grupo de pessoas que esteja sendo desrespeitado ou ameaçado por agente público, desde que o direito ofendido não possa ser amparado por habeas corpus ou por habeas data.

Esse direito líquido e certo, no caso de mandado de segurança coletivo, não se refere a um ato individual e concreto, específico para um determinado contribuinte. Por sua natureza, nessas ações sempre se estará discutindo na esfera tributária um ato coator que tem por consequência a decisão de realizar uma série de atos individuais e concretos, efetuados pelo mesmo agente público, mas em face de vários contribuintes.

Já, na ação individual, há sim uma individualização ao caso concreto e peculiar da interessada. Claro que se o mérito do mandamus for julgado procedente, esta sentença fará coisa julgada para as partes (entidade impetrante e agente público impetrado) e também para os membros do grupo, categoria ou classe substituídos (art. 103, inciso II da Lei nº 8.078/90). Neste caso, a recorrente, por estar discutindo a questão em ação individual, para se beneficiar da então decisão favorável proferida no mandado de segurança coletivo, deverá requerer a suspensão de seu processo no prazo de trinta dias após ser cientificado do ajuizamento da ação coletiva (art. 104, da lei nº 8078/90).

Feitas as primeiras considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo, resta tratar do pedido de sobrestamento. Destarte, da mesma forma como é necessário que o contribuinte, em nome próprio, em princípio proponha uma das espécies de ação listadas do art. 38 da Lei nº 6.830/80 para que ocorra o efeito de renúncia à defesa administrativa ou desistências de recursos já interpostos, penso que o sobrestamento àquela outra ação coletiva, é imprópria.

De forma geral, inexistente previsão legal para o sobrestamento do julgamento de processo de exigência fiscal, ao processo judicial de forma geral, dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal. Há, isto sim, obediência ao princípio da oficialidade. Segundo esse princípio,¹ compete à própria Administração impulsionar o processo até o seu ato-fim. Hely Lopes Meirelles entende que 'o princípio da oficialidade atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular: uma vez iniciado passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete o seu impulsionamento, até a decisão final. Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade, e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão.'

Quanto aos efeitos ocasionados pela decisão judicial, em nada alteram ou modificam 'o andamento' do julgamento do recurso administrativo. Apenas, a cobrança do débito deverá aguardar, ao pronunciamento judicial, se demonstrada a ocorrência de uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário.

Consectários legais: Juros - SELIC

Pede a recorrente que seja afastada a aplicação da taxa Selic, por entender ser ilegal e inconstitucional.

Quanto à incidência de juros de mora em caso de crédito tributário relacionado a matéria sub judice, os mesmos só não incidem se houver depósito do montante integral. À falta de depósito, são devidos os juros que, na realidade, não têm a natureza de sanção, mas incidem sobre capital que, pertencendo ao fisco, estão em poder da contribuinte. Por outro lado, sua cobrança atende a determinação do art. 5º do Decreto-lei 1.736/79, não cabendo a este Órgão integrante do Poder Executivo negar aplicação a lei em vigor.

Nesse sentido, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, instância competente para consolidação do entendimento administrativo, tem se manifestado. Exemplo disso, o Acórdão CSRF/01-04.060, de 19/08/2002, cuja ementa diz:

'SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO POR DECISÃO JUDICIAL - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA - Ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devem incidir os juros de mora, ex vi do disposto no artigo 161 do Código Tributário Nacional, salvo nos casos de depósito integral. Recurso negado.'

¹ Processo Administrativo Fiscal Comentado – Neder, Marcos Vinicius e Maria Teresa Martínez López – Dialética, 2002, p.66

Igualmente são as decisões proferidas nos Acórdãos da 1ª Turma/CSRF: CSRF/01-03.770; CSRF/01-04.444; e CSRF/01-05.171.

No que pertine à ilegalidade da Taxa Selic, a priori, cabe indagar se o direito de defesa da contribuinte no processo administrativo é tão amplo que abrangeria até a discussão relativa à inconstitucionalidade das leis. É necessário analisar esta questão com o devido cuidado. Há casos em que inexistem dúvidas quanto à não aplicabilidade da lei frente à interpretação da Constituição Federal, razão pela qual, em alguns casos, tem sido apreciado pelos julgadores administrativos.

Não se pode esquecer, primeiramente, que a Constituição é uma lei, denominada Lei Fundamental, e, por conseguinte, nada impede que o contribuinte invoque tal ou qual dispositivo constitucional para alegar que a lei ou o ato administrativo contraria o disposto na Constituição. Afinal, há uma gama de interpretações possíveis para uma mesma norma jurídica, cujo espectro deve ser reduzido a partir da aplicação dos valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho defende que a recusa de apreciação da constitucionalidade da lei no âmbito administrativo deve ser afastada. Em sua opinião, 'a existência de regra explícita produzida pelo Poder Legislativo não exime o agente público da responsabilidade pela promoção dos valores fundamentais. Todo aquele que exerce função pública está subordinado a concretizar os valores jurídicos fundamentais e deve nortear seus atos segundo esse postulado. Por isso, tem o dever de recusar cumprimento de leis inconstitucionais'.²

Por outro lado, é importante lembrar que as decisões administrativas são espécies de ato administrativo e, como tal, sujeitam-se ao controle do Judiciário. Se, por acaso, a fundamentação do ato administrativo baseou-se em norma inconstitucional, o Poder que tem atribuição para examinar a existência de tal vício é o Poder Judiciário.³ Afinal, presumem-se constitucionais os atos emanados do Legislativo, e, portanto, a eles vinculam-se as autoridades administrativas.

Ademais, prevê a Constituição que se o Presidente da República entender que determinada norma a contraria deverá vetá-la (CF, art. 66, § 1º), sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85), uma vez que, ao tomar posse, comprometeu-se a manter, defender e cumprir a mesma (CF, caput art 78). Com efeito, se o Presidente da República, que é responsável pela direção superior da administração federal, como prescreve o art. 84, II, da CF/88, e tem o dever de zelar pelo cumprimento de nossa Carta Política, inclusive vetando leis que entenda inconstitucionais, decide não o fazer, há a presunção absoluta de constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou e promulgou.⁴

² JUSTEN FILHO, Marçal. Revista Dialética de Direito Tributário n.º 25. Artigo "Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo". p. 72/73. São Paulo

³ Cabe ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, I, da CF, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁴ Ver a respeito, Acórdão n.º 201.72596 do Segundo Conselho de Contribuintes.

Em face disso, existindo dúvida, os Conselhos de Contribuintes têm decidido de forma reiterada no sentido de que não lhes cabe examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como se depreende do Acórdão n.º 202-13.158, de 29 de agosto de 2001, a saber:

'PIS - (...) NORMAS PROCESSUAIS - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - A autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 101, II, 'a' e III, 'b', da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento parcial.'

Diante dos fatos, tenho me curvado ao posicionamento deste Colegiado que tem, reiteradamente, de forma consagrada e pacífica, entendido não ser este o foro ou instância competente para a discussão da ilegalidade/constitucionalidade das leis, quando, principalmente, sobre a mesma pairam dúvidas. Cabe ao Órgão Administrativo, tão-somente, aplicar a legislação em vigor, tal como procedido pelo agente fiscal.

Por outro lado, no que diz respeito à Selic, fundamentada no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430 de 1996, não de ser noticiados precedentes jurisprudenciais - AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 - SC, cujo excerto da ementa possui a seguinte redação:

'(...) III - É devida a aplicação da taxa Selic na hipótese de compensação de tributos e, mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal. Ademais, a aplicabilidade da aludida taxa na atualização e cálculo de juros de mora nos débitos fiscais decorre de expressa previsão legal, consoante o disposto no art. 13, da Lei nº 9.065/1995.'

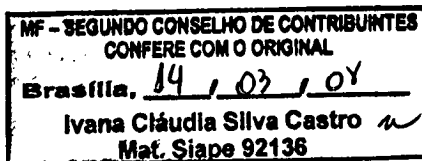
Portanto, manifesto-me pela aplicabilidade da Taxa Selic.

Consectários legais: Multa de ofício

O presente lançamento se refere a diferenças não declaradas e tampouco objeto de depósito nos autos da medida judicial apontada. Assim, deve ser mantida a multa de ofício, por cabível na espécie.

De fato, consoante com o art. 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é '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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.'

Na espécie, não foram apresentados elementos capazes de elidir a exação fiscal, o que indica que a autuada não cumpriu a obrigação do recolhimento do tributo devido, e o não cumprimento do dever jurídico cometido ao sujeito passivo da obrigação tributária enseja que a Fazenda Pública, desde que legalmente autorizada, ao cobrar o valor não pago, imponha sanções ao devedor. A inadimplência da obrigação tributária principal, na medida em que implica descumprimento da norma tributária definidora dos prazos de vencimento, não tem outra natureza que não a de infração fiscal, e, em havendo infração, cabível



a inflição de penalidade, desde que sua imposição se dê nos limites legalmente previstos.

A multa pelo não pagamento do tributo devido é imposição de caráter punitivo, constituindo-se em sanção pela prática de ato ilícito, pelas infrações a disposições tributárias.

Paulo de Barros Carvalho, eminente tratadista do Direito Tributário, em Curso de Direito Tributário, 9ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 1997, pp. 336/337, discorre sobre as características das sanções pecuniárias aplicadas quando da não observância das normas tributárias:

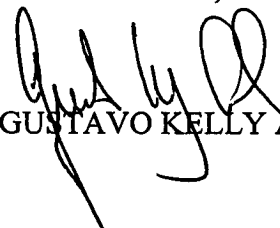
'a) As penalidades pecuniárias são as mais expressivas formas do designio punitivo que a ordem jurídica manifesta, diante do comportamento lesivo dos deveres que estipula. Ao lado do indiscutível efeito psicológico que operam, evitando, muitas vezes, que a infração venha a ser consumada, é o modo por excelência de punir o autor da infração cometida. Agravam sensivelmente o débito fiscal e quase sempre são fixadas em níveis percentuais sobre o valor da dívida tributária. (...)'

O permissivo legal que esteia a aplicação das multas punitivas encontra-se no art. 161 do CTN, já antes citado, quando afirma que a falta do pagamento devido enseja a aplicação de juros moratórios 'sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária', extraindo-se daí o entendimento de que o crédito não pago no vencimento é acrescido de juros de mora e multa – de mora ou de ofício –, dependendo se o débito fiscal foi apurado em procedimento de fiscalização ou não.

Conclusão

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso em sua integralidade."

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008.


GUSTAVO KELLY ALENCAR

