



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

Processo nº 10480.006225/2003-29
Recurso nº 139.008 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.119 – 3ª Turma Especial
Sessão de 1 de junho de 2009
Matéria PIS E COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO - EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO
Recorrente IRCA NUTRIÇÃO E AVICULTURA S/A
Recorrida DRJ-RECIFE/PE

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/01/2000, 01/03/2000 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 31/12/2002, 01/02/1999 a 28/02/1999

PROCESSO JUDICIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO.
CONCOMITÂNCIA.

Existindo concomitância entre as instâncias administrativa e judicial, quando se discute nas duas esferas o mesmo objeto, o respeito à tutela hegemônica do Poder Judiciário impede o enfrentamento na via administrativa de matéria submetida diretamente à via judicial. (Súmula 2º CC nº 2)

PRECLUSÃO.

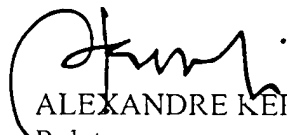
Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância *a quo*, exceto quando deva ser reconhecida de ofício.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso: I) quanto à matéria referente à inclusão na base de cálculo das contribuições do valor das despesas recuperadas, por estar preclusa; e II) quanto a matéria referente ao conceito de faturamento, por ter optado pela via judicial.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente



ALEXANDRE KERN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luís Guilherme Queiroz Vivacqua e Andréia Dantas Lacerda Moneta.

Relatório

Cuida-se de recurso (fls. 654 a 667) interposto pelo recorrente acima qualificado, contra o Acórdão nº 11-17.888, de 20 de dezembro de 2006, da DRJ/REC, fls. 633 a 641, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/1999, 01/05/1999 a 31/01/2000, 01/03/2000 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 31/12/2002

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito, debatida no âmbito da ação judicial.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

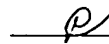
Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/1999, 01/05/1999 a 30/11/1999, 01/01/2000 a 31/01/2000, 01/03/2000 a 30/06/2000, 01/08/2000 a 30/11/2001, 01/01/2002 a 28/02/2002, 01/04/2002 a 30/11/2002

BASE DE CÁLCULO. COMPROVAÇÃO DOS VALORES APURADOS.

As Contribuições PIS/COFINS incidirão sobre o faturamento do mês, tendo o lançamento fiscal sido efetuado a partir de



*documentos disponibilizados pela contribuinte ao Fisco Federal,
tudo regularmente documentado no presente processo*

.Lançamento Procedente

Trata-se de lançamento de ofício de diferenças de Contribuição para o Plano de Integração Social - PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, apuradas em procedimento de verificações preliminares obrigatórias. No curso da ação fiscal, o agente fiscal apurou a existência de discrepância entre valores escriturados e declarados ou pagos, resultante das exclusões indevidas da receita bruta na determinação da base de cálculo. Constatou ainda que o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança preventivo, em (fls. 069/113 e 395/440), pedindo o afastamento, por inconstitucionalidade, do aumento da alíquota da Cofins promovido pelo art. 8º da Lei nº 9.718, 27 de novembro de 1998, bem como do alargamento da base de cálculo pelo art. 3º da mesma lei. A liminar requerida foi deferida, mediante depósito judicial. Todavia, a sentença julgou o pedido parcialmente procedente, declarando tão-somente a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo. O contribuinte apelou para o TRF da 5ª Região. Em face da suspensão da exigibilidade dos débitos, operada pelos depósitos judiciais, a exação não foi acrescida da multa de lançamento de ofício, consoante o disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 70 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

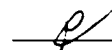
Sobrevieram as impugnações de fls. 255 a 260 e 567 a 572, por meio das quais o sujeito passivo articula os seguintes argumentos:

- a) Em preliminar, nulidade do auto de infração, que desrespeitou ordem judicial, afrontando o princípio constitucional da ampla defesa;
- b) Quanto ao mérito, de que é indevida a exigência das contribuições calculadas sobre a receita bruta, porquanto o correto é sobre o faturamento, dentro do conceito da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991
- c) De que aplicação da alíquota de 3% é improcedente, vez que não foi alterada por outra lei complementar;
- d) Da inaplicabilidade dos juros calculados pela taxa Selic, apontando ainda a ocorrência de anatocismo.

A DRJ/REC-2ª Turma houve por bem em manter integralmente a exigência, declarando a definitividade do lançamento, julgando ter havido desistência da instância administrativa pela concomitância de processos administrativo e judicial com mesmo objeto, em julgado que teve a ementa recém-transcrita.

Vem agora o sujeito passivo, em sede de recurso voluntário, guerrear a referida decisão, insistindo no que considera ser a correta interpretação do conceito de faturamento e receita bruta consagrados na Lei nº 9.718, de 1998, compreendendo apenas valores oriundos do exercício da atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços, coincidente com o conceito de receita constante do art. 187, inc. I, da Lei das Sociedades por Ações. Pede que, acaso não se aceite essa argumentação, se adote o conceito de faturamento da LC nº 70, de 1991. Colaciona jurisprudência. Lembra que o STF já





declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, havendo inclusive proposta de edição de súmula vinculante a respeito da matéria.

Alternativa e sucessivamente, pede que se excluam da base de cálculo os valores referentes a recuperação de despesas, indevidamente incluídos pela Fiscalização, nos PA's 02/2002 a 11/2002, posto que não se subsumem ao conceito de receita, nem no de faturamento. Pede também o afastamento da taxa Selic no cálculo dos juros de mora, por considerá-la ilegal. Invoca a regra de interpretação do art. 112 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional - CTN.

Pede acolhida para seu recurso e reforma para a decisão de piso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE KERN, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 654 a 667 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-REC nº 11-17.888, de 20 de dezembro de 2006.

Mérito – conceito de faturamento

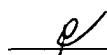
A controvérsia a respeito da ampliação da base de cálculo promovida pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, foi submetida à apreciação do Poder Judiciário, nos autos do MS nº 99.02654-3, impetrado pelo ora recorrente, que visou à decretação da inconstitucionalidade daquela norma.

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla o instituto da dualidade de jurisdição, não podendo haver, sob nenhuma hipótese, a sobreposição da decisão administrativa à sentença judicial. Somente ao Poder Judiciário é dada a capacidade de examinar, de forma definitiva, com efeito de coisa julgada, as questões a ele submetidas. Consagra-se, assim, o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário e o direito de invocar a atividade Jurisdicional como direito público subjetivo.

Deve ser ressaltado que a via judicial não é imposta pela Administração Pública. É uma opção adotada pelo contribuinte no exercício da sua livre escolha, com amparo no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, de 1988. Neste contexto, o processo administrativo é apenas uma alternativa, ou seja, uma outra opção, conveniente tanto para a Administração como para o contribuinte, por ser gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, mais célere do que o processo judicial.

No entanto, a propositura de ação judicial pelo contribuinte torna ineficaz o processo administrativo nos pontos em que haja idêntico questionamento. Conseqüentemente, havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Do contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação, pela autoridade administrativa, de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva!





Desta forma, ao ingressar com a Ação Judicial, a contribuinte ora recorrente produziu, como efeito processual obrigatório, a renúncia à esfera administrativa ou desistência de recurso eventualmente interposto, a teor do Decreto-Lei nº 1.737, de 20/12/1979, art. 1º, § 2º, c/c a Lei nº 6.830, de 22/11/1980, art. 38, parágrafo único.

Esta conclusão pode ser extraída do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, como demonstra o trecho a seguir transcrito:

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

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

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

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a 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.

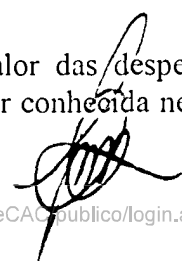
36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.”

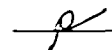
Dessa forma, deve ser aplicado ao presente a renúncia da esfera administrativa, com o devido aguardo do trânsito em julgado da sentença judicial da ação interposta para se aquilatar seus efeitos sobre o presente lançamento. É exatamente nesse sentido o entendimento adotado na Súmula nº 2, aprovada na Sessão Plenária de 18/09/2007 deste Segundo Conselho de Contribuintes, e publicada no DOU de 26/09/2007, Seção I, pág. 28

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária

Mérito – inclusão na base de cálculo do valor das despesas recuperadas

A inclusão, na base de cálculo das contribuições, do valor das despesas recuperadas, é matéria preclusa. Por não constar da impugnação não pode ser conhecida nesta etapa processual.





Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:¹

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal, consistente na perda da oportunidade que o recorrente teve para tratar do tema na impugnação. Ultrapassada aquela etapa, extingue-se o direito de levantá-la agora, nesta fase recursal.

Conclusões

Em face do exposto, voto por não conhecer do recurso interposto.

Sala das Sessões, em 1 de junho de 2009


ALEXANDRE KERN



¹ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.

