



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 12 / 04 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.008204/00-89
Recurso nº : 121.521
Acórdão nº : 203-08.901

Recorrente : POLICLÍNICA SANTA CLARA LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

NORMAS PROCESSUAIS - RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA – A impetração de Mandado de Segurança para assegurar ao sujeito passivo o direito de efetuar exclusões da base de cálculo da contribuição importa renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

MULTA DE OFÍCIO - Sua dispensa, nos casos de lançamento fiscal de créditos tributários com exigibilidade suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança, somente encontra amparo legal quando a medida suspensiva for deferida anteriormente ao início de qualquer procedimento de ofício por parte da Fiscalização.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC – É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da Selic.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
POLICLÍNICA SANTA CLARA LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso. O Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes declarou-se impedido de votar.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Luciana Pato Peçanha Martins
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Imp/cf



Processo nº : 10480.008204/00-89

Recurso nº : 121.521

Acórdão nº : 203-08.901

Recorrente : POLICLÍNICA SANTA CLARA LTDA.

RELATÓRIO

Por bem relatar o processo em tela, transcrevo o Relatório da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE:

“Contra a empresa acima qualificada foi lavrado o Auto de Infração para cobrança da Contribuição para Programa de Integração Social - PIS, à fl. 04, em virtude da insuficiência do seu recolhimento, nos períodos e valores no mesmo elencados.

A infração acima está explicitada no próprio auto de infração referido, na descrição dos fatos e enquadramento legal, à fl. 05.

Devidamente intimada, a interessada apresentou impugnação, à fl. 38.

Consta do processo, à fl. 40, a informação da defesa de que a autuada recorreu ao Poder Judiciário e que, por força de medida liminar, está autorizada a deduzir da base de cálculo da Contribuição as despesas que menciona, com transcrição da Decisão Judicial nos autos da ação referida, inclusive aduzindo que a ação fiscal é insubsistente, entre outras razões, por inobservar decisão do Poder Judiciário.

À fl. 106, consta documentação referente à ação em referência, qual seja petição concernente ao Agravo de Instrumento (Mandado de Segurança 2000.83.00.011012-7), onde se verifica o questionamento da base de cálculo da contribuição em tela (terceiro parágrafo).”

Pelo Acórdão de fls. 110/115 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 2ª Turma de Julgamento da DRJ/Recife – PE não conheceu da impugnação:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1996 a 31/12/1999

Ementa: 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. A impugnação administrativa, lato sensu, não é conhecida.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ATIVIDADE VINCULADA.



Processo nº : 10480.008204/00-89

Recurso nº : 121.521

Acórdão nº : 203-08.901

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, como também a atividade administrativa de julgamento pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

Impugnação não Conhecida”.

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 123/146), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória. Argúi, ainda, a não coincidência de matérias em discussão administrativa e judicialmente, e a inaplicabilidade da multa no percentual de 75% e da Taxa Selic.

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de comprovante de arrolamento de bens (fls. 171/172).

É o relatório.



Processo nº : 10480.008204/00-89
Recurso nº : 121.521
Acórdão nº : 203-08.901

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

A teor do relatado, versa o presente processo sobre lançamento de ofício lavrado para exigir o PIS que deixou de ser recolhido em virtude de o sujeito passivo haver informado nas fichas de PIS de suas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica valores deferentes daqueles pagos por meio dos DARFs de recolhimento dessa contribuição. Inconformada com a autuação, a recorrente impugnou o feito fiscal alegando que as exclusões por ela efetuadas estavam amparadas por decisão judicial que lhe assegurara o direito a deduzir da base de cálculo do PIS as deduções permitidas às instituições financeiras, às cooperativas e às revendedoras de veículos usados (fls. 106/109). Discute judicialmente, portanto, a base de cálculo da contribuição.

Correta a decisão *a quo* ao não conhecer a impugnação por ter a contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário. Tendo, pois, o sujeito passivo procurado a tutela judicial, dá-se a renúncia à discussão na fase administrativa. Isso porque a tripartição dos poderes confere ao Judiciário exercer o controle supremo e autônomo dos atos administrativos, supremo porque pode revê-los, para cassá-los ou anulá-lo; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.

De fato, não existem no ordenamento jurídico nacional princípios ou dispositivos legais que permitam a discussão paralela, em instâncias diversas (administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza), de questões idênticas.

Diante disso, a conclusão lógica é que a opção pela via judicial, antes ou concomitante à esfera administrativa, torna completamente estéril a discussão no âmbito administrativo. Na verdade, como bem ressaltou o Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão 202-09.648), “*tal opção acarreta em renúncia ao direito subjetivo de ver apreciada administrativamente a impugnação do lançamento do tributo com relação a mesma matéria sub judice.*”.

Por oportuno, cabe citar o § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/1.979, que, ao disciplinar os depósitos de interesse da Administração Pública efetuados na Caixa Econômica Federal, assim estabelece:

“Art. 1º. *Omissis*



Processo nº : 10480.008204/00-89
Recurso nº : 121.521
Acórdão nº : 203-08.901

§ 2º A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Ao seu turno, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980, que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prevê expressamente que a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia à esfera administrativa, *verbis*:

"Art. 38. Omissis

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

A norma expressa nesses dispositivos legais é exatamente no sentido de vedar-se a discussão paralela, de mesma matéria, nas duas instâncias, até porque, como a judicial prepondera sobre a administrativa, o ingresso em juízo importa em desistência da discussão nessa esfera. Esse é o entendimento dado pela Exposição de Motivo nº 223 da Lei nº 6.830/1980, assim explicitado: *"Portanto, desde que a parte ingressa em juízo contra o mérito da decisão administrativa – contra o título materializado da obrigação – essa opção pela via superior e autônoma importa em desistência de qualquer eventual recurso porventura interposto na instância inferior."*

Por essas razões é que a exigência fiscal fundada em divergência da base de cálculo da contribuição para o PIS, objeto de ação judicial, tornou-se definitiva na esfera administrativa, nos termos postos no lançamento fiscal, eis que a opção pelo Poder Judiciário importa em renúncia à esfera administrativa, além do mais, a decisão judicial tem efeito substitutivo e prevalente sobre a não jurisdicional.

Razão **não tem** a reclamante quando se insurge contra a multa de ofício referente ao crédito tributário lançado, para o qual obtivera tutela jurisdicional - primeiramente, liminar em Mandado de Segurança deferida anteriormente à lavratura do auto de infração por meio do Agravo prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (fl. 108) –, pois, a teor do § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, não caberá lançamento de multa de ofício, **exclusivamente**, nos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por meio de liminar em mandado de segurança, tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo:

"Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (redação dada pelo art. 70 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2.001)



Processo nº : 10480.008204/00-89
Recurso nº : 121.521
Acórdão nº : 203-08.901

§ 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.” (destaquei)

Ora, como do Mandado de Procedimento Fiscal de fl. 01 foi dada ciência à reclamante em 16/05/2000 e a liminar somente foi concedida em 17/07/2000 (vide fl. 108), tem-se que o caso em exame não se subsume a essa norma excludora da multa de ofício, pois, quando da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a autuada já se encontrava sob procedimento de ofício.

Em assim sendo, não vislumbro qualquer hipótese lícita de excluir-se a multa de ofício aplicada ao caso em análise.

Em relação aos argumentos da recorrente de que a multa de 75%, constante do auto de infração seria confiscatória, não serão aqui debatidos, por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário.

É indubitável ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular os percentuais dos encargos legais a serem exigidos do sujeito passivo, pois a própria lei já os especificam. No caso presente, os juros foram calculados em percentual equivalente à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996.

Desse modo, como a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressa disposição legal, não se pode imputar vício ao ato de lançamento no qual formalizou-se o crédito tributário inadimplido com os acréscimos determinados por lei. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

Não serão aqui debatidos os argumentos da defesa concenente à afronta da legislação pertinente aos juros moratórios exigidos no auto de infração a princípios constitucionais e dispositivos do Código Tributário Nacional, por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Carta Magna.

Corroborando essa orientação, cabe lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70), que cita o seguinte ensinamento do Mestre Ruy Barbosa Nogueira:



Processo nº : 10480.008204/00-89
Recurso nº : 121.521
Acórdão nº : 203-08.901

"Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do Poder Executivo."

Esse parecer também se arrimou em Tito Resende:

"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão."

Ainda sobre o tema, o Parecer Cosit/Ditir nº 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em processo de Consulta, assim dispôs:

"5.1 – De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma Lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico, Consultoria-Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição."

5.2 – Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativos e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade."

5.3 – (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, § 1º e 103, I, d VI)."

Diante do exposto, seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.



Processo nº : 10480.008204/00-89
Recurso nº : 121.521
Acórdão nº : 203-08.901

A despeito do afirmado acima, serão tecidos breves comentários sobre a alegação de que a instituição de juros por lei ordinária confrontaria o princípio da hierarquia das leis.

Primeiramente, é preciso ter presente, no confronto entre leis complementares e leis ordinárias, qual a matéria a que se está examinando. Lei complementar é aquela que, dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional, está submetida ao *quorum* qualificado pela maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional.

Sendo as matérias subordinadas à disciplina complementar expressamente prevista na Constituição Federal, não estabelecendo a Lei Maior tal exigência no concernente ao regramento dos acréscimos legais decorrentes do inadimplemento da obrigação tributária pelo sujeito passivo, tal normatização é afeita à legislação ordinária.

Em resumo, não é o fato de a lei complementar estar sujeita a um rito legislativo mais rígido que lhe dará a precedência sobre uma lei ordinária, mas sim a matéria nela contida, constitucionalmente reservada àquele ente legislativo. Dessa forma, por não estarem expressamente enumerados no artigo 146 da Constituição Federal de 1988 os acréscimos legais, devem ser estabelecidos por lei ordinária.

Por último, cabe ressaltar que o posicionamento doutrinário e jurisprudencial trazido pela defesa não autoriza o julgador administrativo a afastar-se de sua competência e negar aplicação a texto literal de lei ainda vigente e dotado de eficácia plena, como é o caso da legislação pertinente aos juros moratórios exigidos com base na Taxa Selic.

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário na parte objeto de demanda judicial e, na matéria diferenciada, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2003

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS