



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 22 / 06 / 2004
ESTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

Recorrente : IRMÃOS MICHELONI LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

NORMAS PROCESSUAIS. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. O ajuizamento de ação judicial importa renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, devendo ser analisados apenas os aspectos do lançamento não discutidos judicialmente.

PIS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. O lançamento fiscal não se encontra com a exigibilidade suspensa quando a interessada extrapola as determinações contidas no despacho que deferiu a tutela antecipada.

MULTA DE OFÍCIO. É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de multa de ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo.

TAXA SELIC. A título de juros de mora é legítimo o seu emprego nos termos da Lei nº 9.430/96, que está conforme com o § 1º do art. 161 do CTN, não se submetendo à limitação de 12% anuais contida no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, por não se referir à concessão de crédito e estar esse dispositivo constitucional na pendência de regulamentação através de legislação complementar.

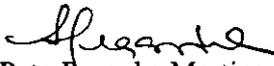
Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **IRMÃOS MICHELONI 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.**

Sala das Sessões, em 06 de novembro de 2003


Otacilio Damas Cartaxo
Presidente


Luciana Pato Peçanha Martins
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Imp/cf/ovrs



Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

Recorrente : IRMÃOS MICHELONI LTDA.

RELATÓRIO

Por bem relatar o processo em tela, transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP:

“A empresa qualificada acima foi autuada em virtude da apuração de falta de recolhimentos das contribuições para o Programa de Integração Social – (PIS) incidentes sobre os fatos geradores ocorridos nos períodos mensais de novembro de 1996, de janeiro de 1998 e de março a de 1998 a junho de 1999, conforme a descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 72/73 e termo de verificação e conclusão fiscal às fls. 62/64.

Por meio do procedimento administrativo fiscal realizado na interessada, o auditor-fiscal autuante constatou que esta, amparada por medida judicial, compensou os créditos tributários relativos às contribuições para o PIS devidas nos períodos mensais de competência indicados acima, com indêbitos tributários do próprio PIS, resultantes de recolhimentos a maior sobre os fatos geradores ocorridos nos períodos de outubro de 1988 a novembro de 1995, nos termos dos Decretos-lei nº 2.445 e nº 2.449, ambos de 1988, julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, cujas execuções foram suspensas pelo Senado Federal por meio da Resolução nº 49, de 09/10/1995.

No entanto, o auditor-fiscal autuante, cumprindo a sentença judicial, cópia às fls. 36/43, proferida na ação ordinária processo nº 96.1205187-9, apurou que ao invés de indêbitos tributários, a interessada, se aplicada a LC nº 7, de 1970, e ulteriores alterações, e observada a prescrição quinquenal, tomando-se por base a data do ajuizamento da ação, teria saldo de contribuições a recolher.

Dessa forma, glosou as compensações das contribuições para o PIS, efetuadas por ela, relativas aos períodos de competência citados e transcritos anteriormente, e lavrou o presente auto de infração para exigi-las por meio de lançamento de ofício, acrescidas das cominações legais.

De acordo com os demonstrativos de apuração do PIS às fls. 66/68, e de multa e juros de mora às fls. 69/71, o auditor-fiscal autuante constituiu o crédito tributário no montante de R\$19.704,52, sendo R\$10.476,81 de contribuições, R\$1.371,66 de juros de mora calculados até 30/07/1999, e R\$7.856,95 de multa proporcional no lançamento de ofício passível de redução.

A base legal do lançamento foi: quanto à contribuição: Lei Complementar (LC) nº 7, de 07 de setembro de 1970, art. 1º, § 1º, Medida Provisória (MP) nº 1.212, de 28 de novembro de 1995, arts. 2º, I, 3º, 8º, I, e 9º, e MP nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995, arts. 2º, I, 3º, 8º, I, e 9º, e s/ reedições; aos juros de mora:



Processo n^o : 10835.001403/99-57
Recurso n^o : 123.764
Acórdão n^o : 203-09.313

Lei n^o 9.065, de 29 de junho de 1995, art. 13, e Lei n^o 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 61, § 3^o; à multa proporcional: Lei n^o 7.450, de 1985, art. 86, § 1^o, Lei n^o 7.683, de 1988, art. 2^o, Lei n^o 8.218, de 1991, art. 4^o, I, Lei n^o 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 44, I, e Lei n^o 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 106, II, “c”.

Devidamente cientificada do lançamento, em 10/08/1999, conforme declaração no próprio corpo do auto de infração à fl. 65, a interessada apresentou a impugnação às fls. 76/84, requerendo a esta DRJ o sobrestamento da presente atuação, até decisão final na área judicial do seu pedido de compensação e, se for o caso, a revisão de ofício do lançamento, anulando-o ou minorando-o no que pertinente, com exclusão de parcelas pagas, reconhecida a decadência, e excluídas as multas de ofício e de mora, assim como os juros moratórios, alegando, em síntese:

I – Preliminar

Conforme noticiado, existe processo judicial discutindo a exação em questão, com tutela antecipada em vigor, autorizando a compensação, nos critérios jurídicos indicados na petição inicial, cujas cópias estão anexadas ao processo. Também, já foi prolatada sentença julgando procedente a demanda, conforme cópia em anexo.

Assim, em vista da prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas, o presente processo deve ficar sobrestado até a decisão final do feito judicial n^o 97.1205187-9 perante a 2^a Vara da Justiça Federal em Presidente Prudente.

II – Mérito

A presente atuação tem como objetivo receber o PIS Faturamento sobre os fatos geradores ocorridos nos períodos mensais de competência de novembro de 1996 e de janeiro até junho de 1999. Ocorre, que seguiu o critério jurídico previsto nos Decretos-lei n^o 2.445 e 2.449, ambos de 1988, somente retirados do ordenamento jurídico em 1995 por meio da Resolução n^o 49 do Senado Federal.

Assim, em vista da prevalência do previsto no Código Tributário Nacional (CTN), art. 146, nada há de ser exigido dos recolhimentos efetivados às alíquotas de 0,65 % e de 0,35 % em 1989 sobre a receita operacional bruta.

Contudo o cerne da questão, colocada em Juízo e já antecipada a tutela final, é que, em vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, deveria pagar o PIS de acordo com a LC n^o 7, de 1970, art. 6^o, parágrafo único, ou seja, utilizando a base de cálculo do sexto mês anterior, e aí recolhendo, antes no dia 20 e, após mudado o vencimento para dias alternados, ao longo dos anos, bem como com a Ufir do dia do pagamento. Sendo, também, vedada a correção monetária



Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

desses seis meses da base de cálculo da contribuição por falta de previsão legal, nos termos da Carta Magna, art. 5, II, c/c o CTN, art. 97, II.”

Pelo Acórdão de fls. 141/151 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 5ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto – SP julgou procedente o lançamento:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/11/1996 a 30/11/1996, 01/01/1998 a 31/01/1998, 01/03/1998 a 31/12/1998, 01/01/1999 a 30/06/1999

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento das contribuições para o PIS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE.

Considera-se ocorrido o fato gerador do PIS com a apuração do faturamento, situação necessária e suficiente para que seja devida a contribuição.

RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO.

A restituição e/ou compensação de indébito fiscal com créditos tributários vencidos e/ ou vincendos, está condicionada à comprovação da certeza e liquidez do respectivo indébito.

JUROS DE MORA.

Os tributos e contribuições arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, pagos após a data do vencimento, estão sujeitos a juros de mora calculados segundo a legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO.

No lançamento de ofício de crédito tributário incide multa punitiva calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo ou contribuição lançados, segundo percentual fixado na legislação tributária.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário legalmente constituído e, conseqüentemente o sobrestamento do processo administrativo-fiscal, somente é possível nos casos especificados na legislação tributária.

Lançamento Procedente”.

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 161/169), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de comprovante de depósito (fl. 170).

É o relatório.



Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS**

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

O lançamento se refere a valores em discussão judicial por meio da ação ordinária nº 96.1205187-9 visando à compensação de créditos tributários relativos às contribuições para o PIS com indébitos tributários do próprio PIS, resultantes de recolhimentos a maior sobre os fatos geradores ocorridos nos períodos de outubro de 1988 a novembro de 1995, nos termos dos Decretos-Leis n.ºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, cujas execuções foram suspensas pelo Senado Federal por meio da Resolução n.º 49, de 09/10/1995. A tutela antecipada foi deferida, autorizando-lhe proceder à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores recolhidos a mais, a título de contribuições para o PIS, em razão dos referidos decretos-leis, no último quinquênio (CTN, art. 168, aplicado analogamente) anterior ao ajuizamento da ação, com valores a serem recolhidos ou devidos a título da mesma contribuição, com base na LC nº 7, de 1970, e alterações posteriores, conforme despacho às fls. 124/126. Segundo o último andamento processual, a ação, em 07/05/2003, encontra-se conclusa ao relator.

Em relação ao mérito da questão – compensação e forma de aplicação da LC nº 07/1970 -, entendo, conforme jurisprudência deste Conselho de Contribuinte, que não se pode conhecer de recurso que verse sobre matéria, de igual teor, em discussão no Poder Judiciário pelo mesmo recorrente.

Outro entendimento não caberia, pois a ordem constitucional vigente ingressou o Brasil na jurisdição una, como se pode perceber do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Com isso, o Poder Judiciário exerce o primado sobre o “dizer o direito” e suas decisões imperam sobre qualquer outra proferida por órgãos não jurisdicionais. Por conseguinte, os conflitos intersubjetivos de interesses podem ser submetidos ao crivo judicial a qualquer momento, independentemente da apreciação de instâncias “julgadas” administrativas.

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-los; autônomo porque a parte interessada não está obrigada a recorrer às instâncias administrativas antes de ingressar em juízo.

De fato, não existe 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 Vinicius Neder de Lima, no voto proferido no julgamento do Recurso nº 102.234 (Acórdão nº 202-09.648), “*tal opção*



Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

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 1.737/1979, que, ao disciplinar os depósitos de interesse da Administração Pública efetuados na Caixa Econômica Federal, assim estabelece:

“Art. 1º. Omissis

(...)

§ 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 Cofins, 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.

Quanto à suspensão da exigibilidade, dispõe o Código Tributário Nacional:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.



Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.”

Ao contrário do entendimento da interessada, a concessão de tutela antecipada na ação ordinária n.º 96.1205187-9 (fls. 33/35) e a sentença prolatada em primeiro grau deferindo-lhe o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a título de PIS com débitos do próprio PIS não têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário ora exigido.

A tutela antecipada foi deferida autorizando a recorrente a proceder à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores recolhidos a maior, a título de contribuições para o PIS, em razão dos Decretos-Leis n.ºs 2.445 e 2.449, de 1988, no último quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, com valores a serem recolhidos ou devidos a título da mesma contribuição, com base na LC n.º 07, de 1970, e alterações posteriores, conforme despacho às fls. 124/126.

Ainda, segundo esse mesmo despacho, ficou ressalvado à União o direito de exercer a sua função fiscalizadora, verificar a regularidade do procedimento ou mesmo autuar a interessada no caso de qualquer irregularidade infringente aos limites desta decisão.

Posteriormente, foi prolatada a sentença de mérito (fls. 36/43) confirmando a antecipação de tutela. Portanto, a ação judicial apenas autorizou a recorrente a proceder a compensação dos valores recolhidos a maior, a título de contribuições para o PIS, em razão dos Decretos-Leis n.ºs 2.445 e 2.449, de 1988, no último quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, com valores a serem recolhidos ou devidos a título da mesma contribuição, com base na LC n.º 07, de 1970, e alterações posteriores. Ao mesmo tempo, não impediu a União de exercer sua função fiscalizadora e, se constada irregularidade, autuar a interessada. Se a interessada extrapolou as determinações contidas na sentença, o lançamento fiscal não se encontra com a exigibilidade suspensa.

A respeito da aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, não se pode olvidar ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estritos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular o percentual da multa de ofício a ser exigida do sujeito passivo, pois a própria lei já a especifica. No caso presente, a penalidade foi calculada no percentual de 75% do valor da contribuição não recolhida, por determinação do inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, que alterou o inciso I do art. 4º da Lei n.º 8.218/1991.

Dessa feita, como a incidência da multa e o seu percentual decorrem de expressa disposição legal, não poderia a autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, fixar novo critério para formalização do crédito tributário inadimplido. 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.



Processo nº : 10835.001403/99-57
Recurso nº : 123.764
Acórdão nº : 203-09.313

Da mesma forma, os argumentos da recorrente sobre a arguição de inconstitucionalidade e desconformidade com o CTN da utilização para o cálculo dos juros de mora da Taxa Selic, segundo o disposto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, 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, como já mencionado.

Com efeito, o próprio STF já decidiu que o § 3º do art. 192 da CF/88 não tem vida própria e depende de edição de lei complementar, além do mais esse dispositivo constitucional refere-se à concessão de crédito, daí nada tem a ver com ele o disposto no art. 161 do CTN, que trata do encargo dos juros de mora na cobrança de crédito tributário não integralmente pago no vencimento.

E, como já fundamentado pela decisão recorrida, o referido dispositivo do CTN permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em percentual superior a 1% ao mês.

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

Com estas considerações, voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário na parte objeto de demanda judicial e, na parte conhecida, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 06 de novembro de 2003


LUCIANA PATO PECANHA MARTINS