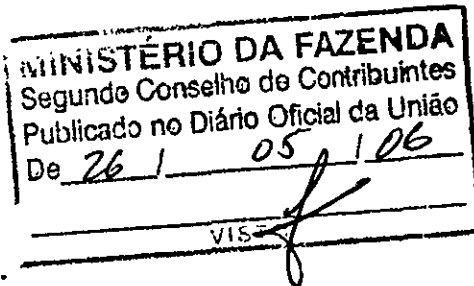




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11030.001258/2003-43
Recurso n° : 128.803
Acórdão n° : 203-10.366

Recorrente : LOJAS VOLPATO LTDA.
Recorrida : DRJ em Santa Maria - RS



2º CC-MF
Fl.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não há que se falar em nulidade por cerceamento do direito de defesa quando a autoridade fiscal trouxe aos autos todos os elementos que serviram de base à formalização da exigência. **Preliminar rejeitada.**

AÇÃO JUDICIAL. Comprovado nos autos a propositura de ação judicial contra a Fazenda - por qualquer modalidade processual -, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto, a teor do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, e no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96.

PIS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA DE OFÍCIO. É aplicável na hipótese de lançamento de ofício, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional após o vencimento, acrescidos de juros de mora calculados com base na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional

Recurso não conhecido em parte e negado na parte conhecida.

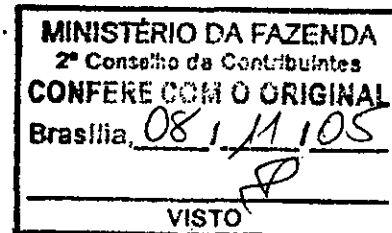
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **LOJAS VOLPATO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: em rejeitar a preliminar de nulidade; e quanto ao mérito: a) em não conhecer do recurso em parte, face à opção pela via judicial; e b) na parte conhecida, em negar provimento.

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2005.

Antonio Bezerra Neto
Presidente

Leonardo de Andrade Couto
Relator

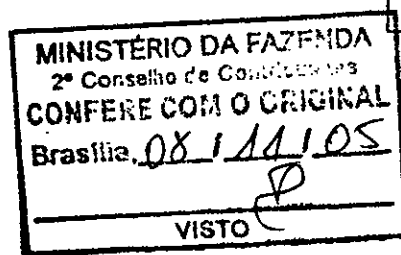


Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc



Processo nº : 11030.001258/2003-43
Recurso nº : 128.803
Acórdão nº : 203-10.366
Recorrente : LOJAS VOLPATO



RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração para cobrança do PIS referente aos fatos geradores ocorridos no período de 28/02/1999 a 31/03/2003. Conforme indicado no Relatório de Fiscalização (fls. 04/07) a interessada, no período analisado, não considerou as receitas financeiras e as receitas não operacionais na base de cálculo da contribuição.

O Relatório menciona a existência de três ações judiciais em mandado de segurança:

- nº 1999.71.04.003081-7, por meio do qual a interessada pretende isentar-se do recolhimento da Cofins e do PIS com base na Lei nº 9.718/98;

- nº 2001.71.04.004304-3, pleiteando o direito à exclusão, na base de cálculo do PIS e da Cofins, dos valores que, embora computados como receitas, tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas, nos termos do inc. III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e o direito à compensação dos valores recolhidos a maior com os recolhimentos futuros das mesmas contribuições; e

- nº 1998.1204171-01, defendendo o direito ao crédito do PIS recolhido a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que seria compensável com valores dessa mesma contribuição e também da Cofins.

Ainda de acordo com o Relatório, parte da autuação refere-se à glosa de compensação onde foram utilizados créditos supostamente decorrentes da ação mandamental nº 2001.71.04.004304-3, que foram considerados inexistentes pela fiscalização.

Não se conformando, a atuada impugnou a exigência (fls. 332/427) alegando, preliminarmente, a ocorrência de diversas circunstâncias que implicariam em nulidade do auto de infração:

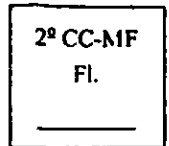
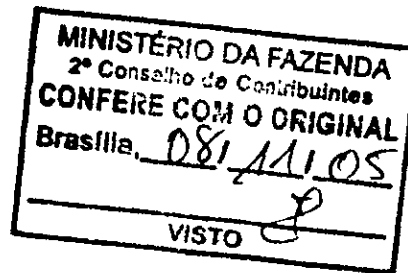
- Questiona a verificação por amostragem efetuada pelo Fisco, que não revelaria claramente a efetividade do direito à compensação;
- Defende a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, pela inexistência de discriminação pormenorizada da origem e da natureza dos débitos, bem como da fórmula de cálculo dos juros, correção monetária e multa aplicados, o que impediu a atuada de ter a real certeza do que lhe estava sendo cobrado;
- Contesta a incidência da multa sobre os débitos atuados, pois tratam-se de valores espontaneamente denunciados, cabendo portanto a aplicação do art. 138 do CTN;
- Reclama que o percentual da multa aplicada desobedece as limitações impostas pelo Código de Defesa do Consumidor e ofende a Constituição Federal por ter natureza confiscatória;
- Afirma ser inconstitucional a utilização da taxa Selic como indexador dos juros de mora;

Re



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11030.001258/2003-43
Recurso n° : 128.803
Acórdão n° : 203-10.366



- Argüi a ocorrência de *bis in idem* pela cobrança simultânea de multa moratória e juros de mora; e
- Protesta pela desobediência ao princípio da isonomia face à incidência menos onerosa da contribuição sobre as instituições financeiras caracterizando tratamento desigual para pessoas jurídicas na mesma situação.

No mérito, reclama que o Fisco deseja cobrar a contribuição sem permitir as deduções previstas no § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, principalmente no que se refere ao inciso III que independeria de regulamentação para ser aplicado. Aduz também que a revogação desse inciso pela Medida Provisória nº 1991-18, de 10 de junho de 2000 só poderia ter efeitos a partir de setembro de 2000.

Salienta que, com base no já mencionado dispositivo, devem ser excluídos da base de cálculo das contribuições os impostos indiretos e as receitas que não permaneceram na empresa, sendo destinadas ao custeio de insumos ou serviços adquiridos de outras pessoas jurídicas.

Manifesta-se pela legalidade das compensações efetuadas pela empresa com base nos créditos oriundos da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 já decidida pelo STF, conforme teria sido reconhecido na Ação 98.1204171-0. Reclama a aplicação da semestralidade, sem correção monetária, no cálculo do PIS sob a sistemática da Lei Complementar nº 7/70.

Reclama pelo direito à compensação do montante que lhe foi indevidamente exigido pelo Fisco, com parcelas vincendas da própria contribuição.

Solicita, por fim, a realização de perícia para um exame aprofundado da documentação que reúne elementos que deixaram de ser considerados pela fiscalização.

A Delegacia de Julgamento proferiu o Acórdão DRJ/STM nº 3.244/04 (fls. 431/440) negando provimento ao pleito, nos termos da ementa transcrita adiante:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/03/2003

Ementa: PRELIMINAR. NULIDADE. Os vícios insanáveis que determinam a nulidade restringem-se à incompetência do agente que praticou o ato ou lavrou o termo e à emissão de despacho ou à proferição de decisão por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE. Compete privativamente ao Poder Judiciário apreciar questões que envolvam a constitucionalidade ou a ilegalidade de atos legais.

DECISÕES JUDICIAIS. PREVALÊNCIA SOBRE A ESFERA ADMINISTRATIVA. As decisões do Poder Judiciário prevalecem sobre o entendimento da esfera administrativa, assim, não há porque ser discutida na esfera administrativa a mesma matéria que for objeto de medida judicial.

PEDIDO DE PERÍCIA. Considera-se não formulado o pedido de produção de prova pericial que não atenda aos requisitos da legislação



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11030.001258/2003-43
Recurso nº : 128.803
Acórdão nº : 203-10.366

MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 08/11/05 VISTO
--

2º CC-MF Fl. _____

Lançamento Procedente.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho (fls. 447/478) arguindo, em preliminar, a inconstitucionalidade da exigência do depósito prévio para interposição de recurso. Reitera, também em preliminar, as razões apresentadas na peça impugnatória que atestam a ocorrência de cerceamento do direito de defesa.

No mérito, defende a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, no que se refere à ampliação da base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins. Afirma que as compensações efetuadas foram baseadas em decisões do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucionais as contribuições ao PIS exigidas nos moldes dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988.

Ratifica as razões explanadas na impugnação quanto à natureza confiscatória do percentual da multa aplicada e também em relação à inconstitucionalidade da taxa Selic.

Conforme Despacho de fl. 479, formalizou-se processo de arrolamento protocolizado sob o nº 11030.001260/2003-12.

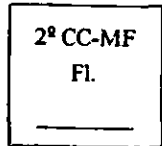
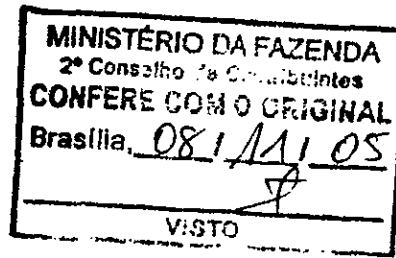
É o relatório.

R



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11030.001258/2003-43
Recurso n° : 128.803
Acórdão n° : 203-10.366



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
LEONARDO DE ANDRADE COUTO

O recurso preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Na análise das preliminares, a questão da eventual inconstitucionalidade do depósito recursal fica prejudicada pelo fato de existir processo específico de arrolamento de bens, garantindo o seguimento do recurso.

A argumentação quanto ao cerceamento do direito de defesa, face à inexistência de elementos suficientes que permitam identificar como a fiscalização chegou aos valores auatados, não merece prosperar. A base de cálculo da contribuição, discriminada na planilha de fl. 36, foi apurada a partir de valores constantes do balancete da empresa, cópias às fls. 28/102. Do valor devido foram deduzidos os pagamentos efetuados, informados às fls. 103/199, apurando-se assim o valor a recolher sobre o qual foram aplicados o percentual de multas e de juros de mora previstos na legislação em vigor. Os cálculos estão demonstrados às fls. 287/294, inclusive com o enquadramento legal.

Entendo destarte que, ao contrário do alegado, estão presentes todos os elementos necessários ao exercício da plena defesa pela autuada.

A interessada ingressou com ação judicial (Mandado de Segurança n° 1999.71.003081-7) para discussão das alterações efetuadas na sistemática de apuração das contribuições ao PIS e à Cofins pela Lei n° 9.718/98.

Os argumentos da impetrante envolvem aspectos referentes à constitucionalidade ou legalidade daquele diploma legal; dúvida inexistente, portanto, da existência de concomitância entre as esferas administrativa e judicial.

Não há controvérsia no entendimento de que a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo torna inócua qualquer análise da mesma matéria no âmbito administrativo, por obediência ao princípio da jurisdição una, da prevalência do Poder Judiciário.

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

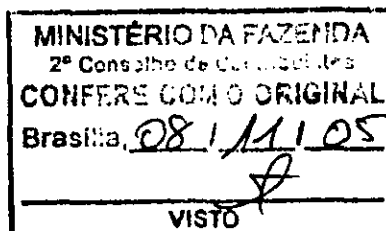
Vejam-se as disposições do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 11030.001258/2003-43
Recurso nº : 128.803
Acórdão nº : 203-10.366

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 do 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 por 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 e duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim." (Grifos originais)

No âmbito dos Tribunais Superiores, o STJ¹, em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

Tributário. Ação Declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38 parágrafo único da Lei nº 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Ac um da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Min. Antonio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJUI 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial).

Esse entendimento também é aplicável em relação a eventuais créditos do PIS originados de recolhimentos indevidos com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, a serem compensados com o próprio PIS e com a Cofins. A ação mandamental nº 98.1204171-0 discute justamente esses créditos e a possibilidade de compensação. Até o trânsito em julgado da ação, a esfera administrativa está impedida de manifestar-se.

No que se refere a suposto vício de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, mesmo que não existisse ação judicial discutindo esse aspecto, tal matéria não poderia aqui ser tratada. Discussões quanto à legalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos legais, plenamente integrados no ordenamento jurídico tributário, fogem à competência do contencioso administrativo. 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 Lei Maior.

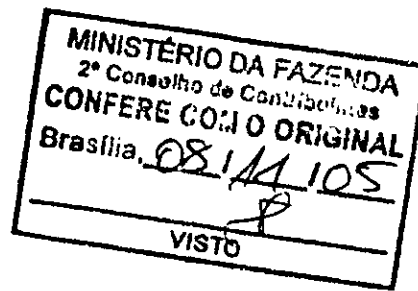
Essa orientação é consolidada na jurisprudência desse colegiado. Veja-se sobre o tema, as palavras da conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA no voto integrante do Acórdão 203-09.120, da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

¹ (Resp nº 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91). Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – nº 23/95 – página 422.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11030.001258/2003-43
Recurso n° : 128.803
Acórdão n° : 203-10.366



"O dever de observar a compatibilidade das leis aos preceitos constitucionais que se lhes aplicam é, antes de tudo, do legislador. A prática do ato ou procedimento, pelo agente da Administração, é sempre especada em norma cujo processo legislativo se desenvolveu consoante a determinação da Carta Magna, portanto, regularmente editada e, até que se manifeste o Poder Judiciário, goza da presunção de validade e eficácia, sendo defeso ao agente da Administração afrontá-la".

O entendimento alicerça-se também na visão de grandes mestres como Ruy Barbosa Nogueira, citado no Parecer Normativo CST n° 329/70 (DOU de 21/10/70):

"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 valeu de 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."

Em processo de consulta, o Parecer COSIT/DITIR n° 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, estabeleceu:

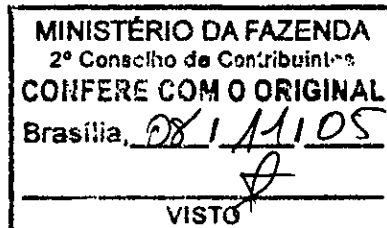
"5.1 – De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma Lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., 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 argüição.

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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11030.001258/2003-43
Recurso n° : 128.803
Acórdão n° : 203-10.366



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)."

O mesmo raciocínio aplica-se à suposta natureza confiscatória da multa de ofício. Eventual violação ao princípio do não confisco é discussão de ordem constitucional que, como já exposto, é estranha ao presente foro. Aqui, cabe apenas registrar que a inobservância da norma jurídica importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é conseqüente. Assim, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cabe a aplicação da multa de ofício.

Não menos diferente quanto ao foro é a questão da suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade da Taxa Selic. É ponto pacífico na jurisprudência deste colegiado que não cabe à esfera administrativa o exame de argumentos daquela natureza, à luz da exclusiva prerrogativa do Poder Judiciário quanto ao tema.

O CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto. Atribuiu-lhe poderes para disciplinar o assunto, inclusive estabelecendo a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante na lei complementar, desde que fixada em lei ordinária. Assim estabelece o parágrafo 1º do art. 161:

"Art.161....."

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês." (grifo nosso)

Assim, a taxa de juros vem sendo quantificada ao longo do tempo pela legislação ordinária. A utilização da Taxa Selic como parâmetro de juros moratórios deu-se a partir de abril de 1995, determinada pelo art. 13 da Lei 9.065, de 20 de junho de 1995 e, a partir de 1997, pelo art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Cabe à Administração Tributária, pelo exercício da atividade vinculada, a estrita obediência ao que dispõe a lei sem, ratifico, analisar a questão sob o âmbito constitucional, por absoluta incompetência para tal.

Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2005.

Leonardo de Andrade Couto
LEONARDO DE ANDRADE COUTO