



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 12 / 02 / 2004
Rubrica 8

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.005091/2001-67
Recurso nº : 120.904
Acórdão nº : 203-08.662

Recorrente : COMBELI COM. DE BEBIDAS E BOMBONIERE LIMOEIRENSE
LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife – PE

NORMAS PROCESSUAIS – OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL –
Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional - antes ou após o lançamento do crédito tributário - com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem apreciação do mérito.
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADES - O artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 estabelece as hipóteses de nulidade do auto de infração. **Preliminar rejeitada.**

NORMAS PROCESSUAIS – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário. **Preliminar rejeitada.**

COFINS – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO - Apesar da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de ordem judicial, é legítima a sua constituição pela autoridade administrativa para prevenir a decadência.

JUROS DE MORA - SELIC - A Taxa SELIC tem previsão legal para ser utilizada no cálculo dos juros de mora devidos sobre os créditos tributários não recolhidos no seu vencimento, ou seja, Lei nº 9.430/96, e este não é o foro competente para discutir eventuais imperfeições porventura existentes na lei.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **COMBELI COM. DE BEBIDAS E BOMBONIERE LIMOEIRENSE LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração e de inconstitucionalidade; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2003

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Valmar Fonseca de Menezes, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Adriene Maria de Miranda (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva e Renato Scalco Isquierdo.

lao/ja



Processo nº : 10480.005091/2001-67
Recurso nº : 120.904
Acórdão nº : 203-08.662

Recorrente : COMBELI COM. DE BEBIDAS E BOMBONIERE LIMOEIRENSE LTDA.

RELATÓRIO

A empresa **COMBELI COM. DE BEBIDAS E BOMBONIERE LIMOEIRENSE LTDA.** foi autuada, às fls. 05/07, pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade - COFINS, nos períodos de novembro/98; janeiro, abril a dezembro/99 e janeiro a agosto/00.

Exigiu-se no auto de infração lavrado a contribuição, juros de mora e multa proporcional, perfazendo no crédito tributário o total de R\$120.314,59.

Impugnando o feito, às fls. 18/25, a autuada alegou em suma que:

- o Auto de Infração encontrava-se com sua exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos do Processo nº 99.0004863-6 da 12ª Vara Federal (art.151, incisos II e IV do CTN);

- os autuantes não consideraram que existe decisão judicial determinando o recolhimento da COFINS com base na Lei Complementar nº 70/91, ou seja, utilizando como base de cálculo o faturamento e aplicando a alíquota de 2%. Obteve Medida Liminar em Mandado de Segurança, desobrigando-a de recolher a mencionada contribuição com a alteração provocada pelo art. 3º da Lei nº 9.718/98. A lavratura do Auto contrariou o que dispõe o art. 151, inciso IV, do CTN, eis que estaria suspensa a exigibilidade do crédito tributário, em virtude da citada medida liminar;

- inferiu que lhe foi cerceado o direito de defesa, à vista do disposto no art. 5º, LV, da C.F. Acresceu que, em se tratando de exigência fiscal, esta só seria válida se houvesse lei (arts. 150, I, da CF, e 97 do CTN), e, *"se não foi tipificado adequadamente, inexistente obrigação prevista em lei a ser cumprida."* (sic);

- por ausência de dispositivo legal subsunso, quatro consequências foram inevitáveis: não poderia o presente auto ter força à vista do princípio da legalidade; foi-lhe cerceado o seu amplo direito de defesa; o nosso direito privado teria consagrado como nulos todos os atos que deixassem de cumprir as formas previstas em lei (artigo 82 do Código Civil); e, por último, feriu os princípios norteadores do lançamento inscrito no art.142 do CTN.



Processo nº : 10480.005091/2001-67
Recurso nº : 120.904
Acórdão nº : 203-08.662

- o Fisco, ao autuar com base na Lei nº 9.718/98, ultrapassou os limites constitucionais e alterou o conceito estipulado pela Lei Complementar nº 70/91, fazendo surgir novo conceito de faturamento e afrontando a formalidade traçada pelo art. 146, III, "a", da Carta magna, que conferiu à lei complementar definir especialmente base de cálculo;

- houve quebra na hierarquia da norma no ponto em que os dispositivos aplicados da Lei nº 9.718 deixaram de observar o disposto no art. 110 do CTN, o qual determinou que na interpretação da norma constitucional que outorgou ou limitou a competência deveriam ser respeitados os conceitos técnicos do direito privado. E (sic) *"faturamento, como demonstrado à sociedade, é figura sedimentada no direito privado e na jurisprudência e doutrina como sendo resultante da venda de mercadorias, mercadorias e serviços."*;

- o aumento da alíquota de 2% para 3% afrontou o princípio da isonomia, tendo em vista que somente poderia haver compensação com a CSLL se a empresa tivesse lucro e tivesse lucro acima de 12,5%. Inferiu, assim, que quem menos pode seria quem paga mais. Acresceu que com o citado aumento de alíquota alterou-se a Lei Complementar nº 70/91, considerando que a Lei nº 9.718/98 é de hierarquia inferior. Nesse sentido transcreveu o art. 146, III, da CF/88 e texto atribuído a Paulo Barros Carvalho, às fls.21/22;

- ainda que cabível a exigência, seria improcedente a aplicação da multa de ofício de 75%, posto que a matéria estaria sujeita à apreciação judicial, não havendo falar de multa de ofício e juros de mora quando o lançamento fosse somente para o fisco se resguardar da decadência;

- foi indevida a exigência de juros de mora, posto que não se poderia falar em punição ou atraso da obrigação, já que o dever legal tributário não existiria em razão da demanda judicial. Acresceu, ainda, que aplicando-se a técnica de integração da norma jurídica, pela analogia (art.108, I, do CTN), concluiu-se que se o art.161, § 2º, do CTN, excluísse juros moratórios no caso de consulta, por muito mais razão a liminar em mandado de segurança também deveria receber o mesmo tratamento; e

- não se poderia aplicar a Taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora, tendo em vista a natureza remuneratória de tal taxa. Ademais, fora ferido o art.192, § 3º da Constituição Federal, que limitou a cobrança de juros a uma taxa de 12% ao ano.

A autoridade julgadora de primeira instância decidiu pelo lançamento procedente em parte, em decisão assim ementada (Doc. fls. 54/55):

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 30/11/1998 a 30/06/2000



Processo nº : 10480.005091/2001-67
Recurso nº : 120.904
Acórdão nº : 203-08.662

Ementa: NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. Estando o lançamento revestido das formalidades previstas no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, sem preterição do direito de defesa, não há o que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

MULTA DE OFÍCIO. É incabível o lançamento de multa de ofício, quando o interessado está protegido por medida liminar em mandado de segurança, assegurando-lhe o direito de suspensão da exigibilidade do crédito, até decisão final da contenda, em conformidade com o disposto no art. 63 da Lei nº 4.630/96.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - o CTN autoriza o legislador ordinário a fixar percentual de juros diverso daquele previsto no § 1º do art. 161.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. JUROS DE MORA. FLUÊNCIA. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário não suspende a fluência dos juros moratórios.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE".

Inconformada com a decisão singular, a autuada, às fls.166/174, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, onde reiterou os argumentos expedidos na peça impugnatória.

À fl. 81, processou-se o respectivo arrolamento de bens para garantia da instância recursal.

É o relatório.



Processo nº : 10480.005091/2001-67
Recurso nº : 120.904
Acórdão nº : 203-08.662

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

O recurso cumpre todos os requisitos exigidos para o seu conhecimento.

A empresa Combeli Com. de Bebidas e Bomboniere Limoeirense Ltda. impetrou Mandado de Segurança nº 99.4863-6 para afastar a exigência da Cofins, arguindo a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 (Doc. fls. 96/104).

No recurso apresentado a este Conselho a recorrente alega a nulidade do lançamento de ofício realizado para a exigência de crédito tributário discutido judicialmente, visto a suspensão da sua exigibilidade.

Argúi, também, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 e utilização da Taxa SELIC no cálculo dos juros de mora.

Preliminarmente, cabe ressaltar que a recorrente questiona judicialmente a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, no Mandado de Segurança nº 99.4863-6, da 12ª Vara Federal de Pernambuco.

Em relação à matéria discutida em ação judicial, dispõe o parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

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." (grifei)

A interposição de ação judicial produz um efeito capital, que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto, como preceitua o citado dispositivo legal.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição de lei em sentido estrito.



Processo nº : 10480.005091/2001-67
Recurso nº : 120.904
Acórdão nº : 203-08.662

Não importa que o lançamento ocorra antes ou depois do ajuizamento da ação, porquanto nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja única fronteira legal intransponível é a decadência.

Em contrapartida, a legislação pertinente estabelece regras claras sobre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado. O lançamento do crédito e sua exigibilidade são matérias distintas e inconfundíveis, e recebem cada uma o devido tratamento legal apropriado.

Também vale lembrar que a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a decisão administrava por mandamento constitucional expresso.

Isso posto, não conheço da matéria discutida judicialmente.

No mérito, quanto às hipóteses de nulidade do auto de infração, o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, assim dispõe:

"Art. 59. São Nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Com base no citado art. 59, verifico que não existem nos autos elementos que possam suscitar a nulidade do feito.

Ademais, este Colegiado entende que, apesar da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, é legítima a sua constituição pela autoridade administrativa para prevenir a decadência.

No tocante à inconstitucionalidade da Taxa SELIC, é pacífico nesse Colegiado o entendimento que não compete à autoridade administrativa a apreciação, atributo exclusivo do Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional.

Sobre os juros de mora vejo, ainda, que não assiste razão a recorrente. A exigência dos juros de mora nos percentuais lançados se deu conforme dispositivos legais em pleno vigor. A Taxa SELIC tem previsão legal para ser utilizada no cálculo dos juros de mora devidos sobre os créditos tributários não recolhidos no seu vencimento, ou seja, Lei nº 9.430/96, e este não é o foro competente para discutir eventual inconstitucionalidade e ilegalidade porventura existente na lei.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.005091/2001-67
Recurso nº : 120.904
Acórdão nº : 203-08.662

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2003

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO