



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União  
de 12 / 02 / 2004  
Rubrica

2ª CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10840.002935/00-75  
Recurso nº : 120.908  
Acórdão nº : 203-08.698

Recorrente : DABI ATLANTE S/A IND. MED. ODONTOLÓGICA  
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto – SP

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE** - O artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 estabelece as hipóteses de nulidade do auto de infração. **Preliminar rejeitada.**

**NORMAS PROCESSUAIS – PRELIMINAR - 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.

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

**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 – TAXA SELIC** – A Taxa SELIC tem previsão legal para ser utilizada no cálculo dos juros de mora devidos sobre os rendimentos 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, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: DABI ATLANTE S/A IND. MED. ODONTOLÓGICA.

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

Sala das Sessões, em 26 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.

Iao/ovrs



Processo nº : 10840.002935/00-75  
Recurso nº : 120.908  
Acórdão nº : 203-08.698

Recorrente : DABI ATLANTE S/A IND. MED. ODONTOLÓGICA

## RELATÓRIO

A empresa **DABI ATLANTE S/A IND. MED. ODONTOLÓGICA** foi autuada, às fls. 06/08, pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de fevereiro a maio/99.

Exigiu-se no auto de infração lavrado, a contribuição, juros de mora e multa proporcional, perfazendo o crédito tributário o total de R\$349.194,12.

Com base nos dados fornecidos pela empresa, verificou-se que ela apurou, declarou e recolheu as contribuições relativas aos períodos de 02/1999 a 05/1999 utilizando a alíquota de 2%, em vez da alíquota de 3% prevista na legislação vigente à época dos fatos geradores.

Segundo informação do autuante, a contribuinte havia ingressado na justiça solicitando liminar para apurar e recolher a COFINS com base no faturamento e com a utilização da alíquota de 2%, obteve deferimento de seu pedido com relação apenas à base de cálculo (documento de fl. 22). Tal entendimento foi confirmado na sentença de mérito de primeira instância (fl. 23). O autuante concluiu que o procedimento da empresa de apurar com alíquota de 2% foi adotado por sua conta e risco, sem qualquer autorização legal ou judicial.

Impugnando o feito, às fls. 30/42, a autuada alegou, em suma, que:

- a matéria estava *sub judice*, com recurso de apelação pendente de julgamento no TRF da 3ª Região, restando certo que a presente autuação deveria ser tida por insubsistente e decretada sua nulidade;

- o art. 8º da Lei nº 9.718, de 1998, seria inconstitucional, pois a majoração de alíquota somente poderia ser feita por lei complementar;

- a Lei nº 9.718, de 1998, possibilitou a compensação de um terço da COFINS com a CSLL a pagar no mesmo período. Ou seja, favoreceu aqueles contribuintes com maior capacidade contributiva: quem tivesse mais lucro pagaria menos COFINS, violando assim o princípio da isonomia e invertendo o princípio da capacidade contributiva. Violou, também, o princípio da vedação à cobrança do tributo com efeito confiscatório;

- a COFINS passou a incidir sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, distanciando-se a assim do conceito de faturamento, bem como aumentou um ponto



Processo nº : 10840.002935/00-75  
Recurso nº : 120.908  
Acórdão nº : 203-08.698

percentual na alíquota. Ocorreu que no mês seguinte ao da publicação da referida lei foi publicada a Emenda Constitucional nº 20, que alterou o inciso I do art. 195 da Constituição Federal, de modo a permitir que a "receita" passasse a ser também base de cálculo da COFINS. Contudo, tal fato não retirou a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, porque já encontrava-se contaminada por vício de inconstitucionalidade originária: já nasceu nula;

- mesmo considerando o disposto na Emenda Constitucional nº 20/98, constatou-se ser inequívoco o fato de que o conceito de faturamento não seria igual ao de receita, evidenciando a inconstitucionalidade da exigência imposta pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998, mormente porque não cumpriu os requisitos do art. 195, § 4º, da Constituição Federal;

- houve vício insanável na tramitação da Lei nº 9.718/1998 que pretensamente teria convertido em lei a MP nº 1.724/98, mediante sanção presidencial do texto votado pelo Congresso Nacional. Citou o art. 62 da Constituição Federal, contrapondo-o ao fato de que houve modificação no texto original da medida provisória, concluindo, com isto, que a conversão em lei não obedeceu os ditames constitucionais;

- a Lei nº 9.718/1998 foi sancionada pelo Chefe do Poder Executivo e, quando uma medida provisória é convertida em lei não há sanção, porque não há projeto de lei. Desta forma, o trâmite legislativo correto deveria adotar a apresentação da medida provisória com as emendas aprovadas pelos parlamentares, como devido projeto de lei, com votação em separado nas casas do Congresso, nos termos do art. 64 da CF; e

- a inobservância dos artigos constitucionais que regem o Sistema Tributário Nacional, bem como a existência de vícios formais na tramitação da Lei nº 9.718/1998, macularam esta norma de inconstitucionalidade, tornando-a nula de pleno direito.

Requeru ao final que o auto fosse declarado nulo por suas próprias razões e pelo fato de estar a matéria em comento *sub judice*. Alternativamente, requereu que a autuação fosse sobrestada até decisão judicial final.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra o lançamento, em decisão assim ementada ( doc. de fl. 53):

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

*Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/1999*

*Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE.*

*A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.*



Processo nº : 10840.002935/00-75  
Recurso nº : 120.908  
Acórdão nº : 203-08.698

**ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA.**

*É legal a alteração da alíquota de contribuições sociais por meio de lei ordinária.*

**FALTA DE RECOLHIMENTO.**

*A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins apurada em procedimento fiscal enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.*

**AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.**

*A inexistência de qualquer das causas suspensivas previstas no art. 151 do CTN implica na exigibilidade imediata do crédito constituído.*

*Lançamento Procedente”.*

Inconformada com a decisão singular, a autuada, às fls. 65/79, interpôs recurso voluntário, tempestivo a este Conselho de Contribuintes, reiterando as razões da peça impugnatória.

À fl. 80, processou-se o respectivo arrolamento de bens para garantia da instância recursal.

É o relatório.



Processo nº : 10840.002935/00-75  
Recurso nº : 120.908  
Acórdão nº : 203-08.698

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO**

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

A empresa DABI ATLANTE S/A IND. MED. ODONTOLÓGICA impetrou Mandado de Segurança (nº 1999.61.02.002248-4) para afastar a exigência da COFINS, arguindo a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 (doc. de fls. 22/23).

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

Argúi, também, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 e a 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 1999.61.02.002248-4, na Primeira Vara da Justiça Federal em Ribeirão Preto - SP.

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.



**Processo nº** : 10840.002935/00-75  
**Recurso nº** : 120.908  
**Acórdão nº** : 203-08.698

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

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 administrativa 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



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

**Processo nº** : 10840.002935/00-75  
**Recurso nº** : 120.908  
**Acórdão nº** : 203-08.698

foro competente para discutir eventual inconstitucionalidade e ilegalidade porventura existente na lei.

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

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003

OTACÍLIO DANLAS CARTAXO