



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª - Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
de 26 / 03 / 2004  
Rubrica

2º CC-MF  
Fl.  
\_\_\_\_\_

Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

Recorrente : OPP QUÍMICA S/A  
Recorrida : DRJ em Salvador -BA

**NORMAS PROCESSUAIS - RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA** - O ajuizamento de ação judicial anterior ao procedimento fiscal 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.

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** - Não compete à autoridade administrativa o juízo sobre constitucionalidade de norma tributária, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por força de dispositivo constitucional.

**MPF** - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário. **Preliminar rejeitada.**

**COFINS - FORMA DE LANÇAMENTO** - O fato de o lançamento ser efetuado por meio de auto de infração ou notificação de lançamento não compromete sua validade, desde que estejam presentes todos os requisitos legais.

**JUROS DE MORA** - Decorrem de lei e, por terem natureza compensatória, são devidos em relação ao crédito não integralmente pago no vencimento, seja qual for o motivo determinante da falta de recolhimento no prazo legal.

**TAXA SELIC** - A título de juros de mora, é legítimo o seu emprego nos termos da Lei nº 9.430/96, que está em conformidade 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 negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **OPP QUÍMICA S/A.**

**ACORDAM** os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos: 1) em não conhecer do recurso, em parte, por**



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

**Processo nº : 13502.000538/2002-85**  
**Recurso nº : 123.166**  
**Acórdão nº : 203-09.010**

**opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 01 de julho de 2003

Otacilio Dantas Cartaxo  
**Presidente**

Luciana Pato Peçanha Martins  
**Relatora**

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

Eaal/cf



**Processo nº** : 13502.000538/2002-85  
**Recurso nº** : 123.166  
**Acórdão nº** : 203-09.010

**Recorrente** : **OPP QUÍMICA S/A**

## RELATÓRIO

Por bem relatar o processo em tela transcrevo o Relatório da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador - BA:

“Trata-se de Auto de Infração, fls. 35/51, lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins pertinente aos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a março de 2002.

2. O enquadramento legal do lançamento inclui: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; art. 77, inciso III do Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943; art. 149 do Código tributário Nacional – CTN, aprovado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações das Medidas Provisórias nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e nº 1.858, de 29 de junho de 1999, e suas reedições.

3. Consta do Auto de Infração (fl. 35) a informação de que o crédito tributário lançado de ofício encontra-se com sua exigibilidade suspensa, por força de decisão judicial proferida pela 6ª Vara Federal no processo nº 1999.34.00.004832-9, conforme prevêm os incisos II e IV do art. 151 do CTN. Desta forma, visando prevenir a decadência, foi lavrado o Auto de Infração em litígio, mas sem a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), em face do que dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996.

4. O item “001” do Auto de Infração refere-se à diferença de 1% na alíquota da Cofins incidente sobre a receita bruta de vendas, tendo em vista que a autuada declarou a Cofins à alíquota de 2% – e não 3% – em função da referida decisão judicial. Os valores das bases de cálculo e da Cofins devida estão informados no demonstrativo de fls. 52/58, nas linhas “Base de Cálculo – Receita Bruta de Vendas” e “COFINS s/Rec. B. Vendas (1%) (medida judicial)”, respectivamente. As rubricas contábeis que compõem a receita bruta de vendas foram informadas pelo autuante à fl. 37.

5. O item “002” do Auto de Infração refere-se à Cofins incidente sobre outras receitas incluídas na base de cálculo da Cofins a partir da Lei nº 9.718, de 1998, cujas rubricas contábeis encontram-se elencadas à fl. 40, e não foram declaradas pela contribuinte também em face da referida decisão judicial. As bases de cálculo e a Cofins apurada encontram-se registradas nas linhas “Base



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

de Cálculo – Outras Receitas” e “COFINS s/ Outras Receitas (3%) (medida judicial)” do demonstrativo de fls. 52/58, respectivamente.

6. Às fls. 59/66, foram anexados extratos informando as DCTF entregues pela contribuinte; às fls. 67/78, documentos relativos ao processo judicial nº 1999.34.00.004832-9; às fls. 16/29 e 79/311, demonstrativos, fotocópias dos balancetes, do Livro Diário e dos lançamentos que compõem as bases de cálculo do Auto de Infração.

7. A contribuinte foi cientificada do lançamento em 17/09/2002 (fl. 35) e apresenta, em 16/10/2002, a impugnação de fls. 344/390, alegando em sua defesa, em síntese:

· Desde o seu nascedouro, a fiscalização que culminou com a lavratura do Auto de Infração está eivada de vícios formais, pois o agente fiscal não possuía qualquer ordem específica que o autorizasse a fiscalizar o recolhimento da Cofins no período de fevereiro de 1999 a março de 2002, mas apenas para fiscalizar o IRPJ referente ao período de janeiro de 1997 a dezembro de 2001, conforme se depreende da leitura do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF (fl. 01);

· Para que se pudesse fiscalizar um novo tributo e um novo período, seria necessária a emissão de um MPF Complementar indicando estas alterações, conforme determina o Anexo V da Portaria nº 3.007, de 26 de novembro de 2001;

· Não se alegue que a atribuição do Auditor Fiscal da Receita Federal em constituir o crédito tributário decorre do CTN e que uma portaria não poderia restringir esta atribuição, pois a referida portaria assim não o fez, mas apenas trouxe ao ordenamento jurídico mandamentos para padronizar e disciplinar os procedimentos fiscais, o que, como consequência, trouxe mais segurança aos administrados;

· A Portaria nº 3.007, de 2001, deve, sim, ser observada pelos fiscais, pois editada não apenas para organizar a ação fiscalizadora, mas também para assegurar os direitos dos contribuintes;

· Ademais, o Decreto nº 3.611, de 28 de setembro de 2000, que estabelece as atribuições do cargo da Carreira de Auditoria da Receita Federal, em momento algum determina que o Auditor possa desatender os atos normativos de seus superiores no cumprimento do dever de efetuar o lançamento tributário, e o art. 196, caput, combinado com os artigos 96 e 100, inciso I do CTN, estabelecem que todas as normas (legais e regulamentares) devem ser atendidas, sob pena de nulidade do ato administrativo do lançamento;



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

· O parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, também determina que o procedimento de fiscalização somente tem início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal;

· É nulo o lançamento que não observa os requisitos estabelecidos no CTN, no Decreto nº 70.235, de 1972, e até mesmo em Instruções Normativas;

· Cita doutrina e jurisprudência que entende corroborar seus argumentos;

· O meio utilizado – Auto de Infração – para resguardar os interesses da Fazenda Nacional e prevenir a decadência é inadequado diante das circunstâncias do caso, pois a impugnante está discutindo judicialmente seu direito de recolher a Cofins nos termos da Lei Complementar nº 70, de 1991, e não incidiu em qualquer falta que desse ensejo ao lançamento via Auto de Infração, nos termos dos arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235, de 1972;

· A lavratura do Auto de Infração só se justifica quando da necessidade de aplicação de penalidades às infrações cometidas pelo contribuinte, e não havendo tais infrações, tem o Fisco outro instrumento jurídico para garantir a constituição do crédito tributário, qual seja, o da notificação de lançamento prevista nos arts. 9º e 11 do decreto nº 70.235, de 1972;

· Desta forma, tendo em vista a total inadequação do meio utilizado, requer-se a anulação do presente Auto de Infração;

· Independentemente das preliminares suscitadas, se no mérito a Turma de Julgamento entender que a impugnação deverá ser julgada procedente, não precisará declarar a nulidade do presente Auto de Infração;

· A interpretação dada ao disposto no art. 38 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, pelo Ato Declaratório Normativo nº 03, de 1996, no sentido de que a propositura de ação judicial pelo contribuinte, mesmo que anterior à autuação fiscal, implica em renúncia à esfera administrativa, não é a mais adequada;

· Ao se fazer a interpretação da referida norma, fica claro que o legislador pretendeu considerar apenas as hipóteses em que ocorre a interposição de medida judicial pelo contribuinte após a lavratura do auto de infração, para que ele, ou os seus efeitos, sejam desconsiderados;

· Seria ilógica a presunção legal de desistência pelo contribuinte do processo administrativo nos casos em que a propositura da medida judicial é anterior ao auto de infração, uma vez que nesses casos o contribuinte sequer poderia prever a possibilidade de uma autuação pela Fazenda Pública, conforme doutrina e jurisprudência do Conselho Contribuintes transcritas;



**Processo nº** : 13502.000538/2002-85  
**Recurso nº** : 123.166  
**Acórdão nº** : 203-09.010

· Este é também o entendimento manifestado pelos próprios mentores da Lei nº 6.830, de 1980, conforme se pode entender da leitura da exposição de motivos, manifestada pela Mensagem do Congresso Nacional nº 87, de 1980;

· Qualquer interpretação diversa das anteriormente apresentadas estará ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa e do direito de livre petição aos órgãos públicos;

· Deve-se ainda considerar o disposto no artigo 51 da Lei nº 9.784, de 1999, que determina que qualquer renúncia à esfera administrativa não pode ser presumida, devendo ser requerida mediante manifestação escrita do contribuinte;

· Para demonstrar que o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, foi revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.784, de 1999, basta que se constate se aquele é com este incompatível, ou se este regula inteiramente a matéria de que tratava aquele;

· Pelo princípio da especificidade das leis, deve-se aplicar o art. 51 da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo federal, em detrimento ao art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980 (Lei das Execuções Fiscais), que é uma norma de direito processual judicial e regula o procedimento a ser adotado nos processos de execução fiscal;

· Claro está para a impugnante que a propositura de medidas judiciais para resguardar seu direito, anteriormente à pretensão do Fisco Federal em cobrar tributo mediante a lavratura do auto de infração, obviamente não se constitui como fato superveniente – previsto no art. 52 da Lei nº 9.784, de 1999 – que tenha o condão de obrigar a autoridade administrativa a extinguir o processo administrativo sem a apreciação do mérito da lide;

· Evidenciado está por meio da impugnação que outros argumentos se apresentam como objeto da defesa, os quais são distintos daqueles apresentados em Juízo, tais como a existência de vício formal, a inadequação do meio utilizado, a correta interpretação ao disposto no artigo 38 da Lei nº 6.830, de 1980, a ilegalidade da multa e dos juros de mora exigidos, notadamente pela taxa SELIC;

· A majoração da alíquota e da base de cálculo da Cofins, nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, e da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é inconstitucional, expondo diversas razões que corroboram sua alegação e anexando os documentos de fls. 391/393;

· A impugnação apresentada não pretende que se declare a inconstitucionalidade das normas, uma vez que somente o Poder Judiciário tem competência para tanto, mas sim a observância dos princípios constitucionais,



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

que é obrigatória a todos os agentes públicos, sejam eles membros dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário;

· Na eventual e improvável hipótese de não serem acolhidos os argumentos até aqui sustentados pela impugnante, requer a exclusão das bases de cálculo da Cofins dos valores relativos à variação cambial, que não se coaduna com a definição do fato gerador desta contribuição, e admitir-se o contrário é permitir a tributação pela Cofins não das receitas ou do faturamento, mas sim do próprio patrimônio da impugnante, o que é manifestamente ilegal e inconstitucional;

· Tendo o próprio Fisco reconhecido *in casu* ser indevida a multa de ofício, os juros de mora também são incabíveis, uma vez que o não recolhimento deu-se não por culpa do contribuinte, mas pelo fato deste estar se valendo de um direito constitucional que lhe é assistido, e assim, em função de o mérito estar *sub judice* e a exigibilidade do crédito tributário suspensa, os juros de mora são indevidos;

· A cobrança dos juros moratórios mediante a utilização da taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC não pode prosperar, pois se trata de taxa de juros remuneratórios, e não taxa de juros moratórios, do que resulta afronta ao caput e § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

· Não estando a forma de cálculo dos juros moratórios prevista em lei, desrespeita-se a reserva absoluta de lei formal, ofendendo, desse modo, o art. 150, inciso I da Constituição Federal de 1988;

· A taxa SELIC não foi criada por lei, mas sim pela Resolução nº 1.124, de 1996, do Conselho Monetário Nacional e definida pela Resolução nº 2.868, de 1999, e pela Circular nº 2.090, de 1999, do Banco Central do Brasil (BACEN), o que ofende ao princípio constitucional da legalidade, segundo o qual não existe a possibilidade de criar-se ou aumentar-se tributo sem lei específica, previsto no art. 150, inciso I do texto constitucional;

· A Lei nº 9.430, de 1996, não traz nenhuma definição do que venha a ser a taxa SELIC, mas apenas disciplina qual deve ser o seu uso;

· Como não existe lei ordinária que tenha criado a taxa SELIC, os juros que deveriam ser aplicados ao presente caso estão limitados ao percentual de 1% ao mês;

· Ademais, recentemente o Superior Tribunal de Justiça considerou inconstitucional a aplicação da SELIC em matéria tributária, consoante se pode inferir da ementa citada em manifestação da própria Procuradoria da



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

Fazenda, nos autos do processo nº 99.0019396-2, em trâmite na 10ª Vara Federal do Rio de Janeiro, transcrita pela impugnante;

· Ao final, requer o cancelamento do lançamento constituído por meio do Auto de Infração em litígio.”

Pelo Acórdão de fls. 461/475 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 4ª Turma de Julgamento da DRJ/Salvador – BA julgou procedente o lançamento:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/03/2002

Ementa: NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS.

O Mandado de Procedimento Fiscal, sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade do procedimento fiscal as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

Improcede a alegação de nulidade do auto de infração por conta do exame feito à guisa de verificações obrigatórias de uma contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal autorizadas em mandado de procedimento fiscal emitido para outro tributo federal.

AUTO DE INFRAÇÃO. CANCELAMENTO.

Correta a lavratura de auto de infração de crédito tributário em discussão judicial e com exigibilidade suspensa, posto que tal procedimento não traz qualquer prejuízo ao contribuinte e é a forma adequada de a Fazenda Nacional se resguardar do instituto da decadência. Se assim procedeu a autoridade lançadora, é descabida a alegação de nulidade ou improcedência da exigência.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação administrativa, quanto ao mérito, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política, cabendo, entretanto, análise relativamente às matérias não submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A Secretaria da Receita Federal, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.



**Processo nº** : 13502.000538/2002-85  
**Recurso nº** : 123.166  
**Acórdão nº** : 203-09.010

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios 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.

Lançamento Procedente”.

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 480/547), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória. Requer a nulidade da decisão *a quo*, por não ter a autoridade julgadora apreciado as questões referentes à: inconstitucionalidade da majoração da alíquota e da ampliação da base de cálculo da Cofins, não incidência da Cofins sobre mera variação cambial, e inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros de mora.

Para efeito de admissibilidade do Recurso Voluntário procedeu-se à juntada de comprovante de arrolamento de bens (fls. 594/595).

É o relatório.



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

#### 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 constante de ação declaratória interposta perante a 6ª Vara Federal no Processo nº 1999.34.00.004832-9. O crédito tributário lançado de ofício encontra-se com sua exigibilidade suspensa, por força de decisão judicial, conforme prevê o art. 151 do CTN. Desta forma, visando prevenir a decadência, foi lavrado o Auto de Infração em litígio, mas sem a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), em face do que dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996.

Em relação ao mérito da questão, a autoridade monocrática deixou de apreciá-lo, por entender que, "tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação administrativa, quanto ao mérito, por ter o mesmo objeto da ação judicial."

A decisão recorrida não diverge da jurisprudência torrencial deste Colegiado, uma vez que as três Câmaras deste Segundo Conselho de Contribuintes apascentaram o entendimento de não 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 "julgadoras" 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 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



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

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.”*

Mesmo que se considere os argumentos da recorrente no sentido que a norma acima referida só pode ser aplicada para as ações judiciais posteriores ao lançamento, o que se visa, como já destacado, é a não ocorrência de decisões conflitantes, sobretudo porque a decisão judicial tem efeito substitutivo e prevalente sobre a não jurisdicional. 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.

Entendo não merecer acolhida os argumentos postos quanto à discussão na esfera administrativa sobre inconstitucionalidade das normas tributárias.

A Contribuição em apreço foi exigida nos exatos termos da Lei Complementar nº 70/1991 e da Lei nº 9.718/1998, as quais integram o ordenamento jurídico pátrio, tendo, portanto, vigência e eficácia plena enquanto não declaradas inconstitucionais pelo poder competente. *In casu*, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou os demais órgãos judicantes do Poder Judiciário, em controle difuso. Neste caso, para ter efeito *erga omnes*, necessita de resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva da Excelsa Corte. Assim, o contencioso administrativo não é o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza.



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

Nesse sentido é a jurisprudência torrencial deste Colegiado e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Daí seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

A preliminar de nulidade da ação fiscal baseada no argumento de que o MPF só autorizava a fiscalização do IRPJ não merece ser acolhida, conforme demonstra-se a seguir:

O Mandado de Procedimento Fiscal, disciplinado pela Portaria SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001, consiste em uma ordem específica emitida por autoridade competente da Secretaria da Receita Federal para que o servidor(es) a ela subordinado(s) proceda(m), no caso de fiscalização, à verificação do cumprimento das obrigações tributária, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos e contribuições administrados pela SRF, bem como da correta aplicação da legislação do comércio exterior, e, se for o caso, à constituição do crédito tributário devido ou à apreensão de mercadorias em situação irregular.

O Mandado de Procedimento Fiscal tem por escopo o planejamento e o controle, por parte da Receita Federal, das atividades de fiscalização dos tributos e contribuições federais a serem desenvolvidas em cada exercício fiscal. Por outro lado, o Mandado de Procedimento Fiscal visa também permitir ao sujeito passivo assegurar-se da autenticidade da ação fiscal contra ele instaurada, pois, dentre outros dados, o MPF informa a natureza, a abrangência, o prazo máximo e as pessoas designadas para a execução dos trabalhos fiscais, além do código de acesso à internet que possibilita identificar a procedência do MPF.

O art. 7º, § 1º, da Portaria SRF nº 3.007/2001, dispõe que o MPF-F e o MPF-E indicarão o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, podendo ser fixado o respectivo período de apuração, bem assim as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos e contribuições administrados de apuração correspondente, bem assim as verificações a serem procedidas para constatar a correta determinação das bases de cálculo dos tributos e contribuições administrados pela SRF, nos últimos cinco anos.

Desta forma, no caso em tela, a despeito de o MPF fazer menção ao IRPJ, traz a seguinte informação: “VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS: correspondência entre os valores declarados e os valores apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF, nos últimos cinco anos”. (grifei)

Assim, ao efetuar essas verificações obrigatórias, nos últimos cinco exercícios, a autoridade fiscal tem obrigação legal de cumprir as determinações da legislação tributária ao detectar a ocorrência de prática de infração.

Por fim, mas não menos importante, cabe a análise dos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972, que assim dispõem:

“Art. 59. São nulos:

I- Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;



Processo nº : 13502.000538/2002-85  
Recurso nº : 123.166  
Acórdão nº : 203-09.010

*II - Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa*

*§§ - omissis.*

*Art. 60 As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio."*

A teor desse dispositivo, as irregularidades que tornariam nulo o lançamento fiscal resumem-se aos casos de atos e termos lavrados por servidor incompetente, ou aos de despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com cerceamento do direito de defesa. Afora as hipóteses retrocitadas, as demais irregularidades que possam vir a ocorrer no processo fiscal não acarretariam nulidade do lançamento fiscal.

Dessa forma, ainda que o Auto de Infração tivesse sido efetuado sem o amparo do MPF, o que, como já demonstrado, não ocorreu, essa hipotética irregularidade, por força do disposto nos artigos retrotranscritos, não ensejaria a nulidade do lançamento de ofício.

Assim, qualquer que seja o ângulo analisado, a preliminar não merecer ser acolhida.

A reclamante argumenta que a lavratura do auto de infração só se justifica quando da aplicação de penalidades às infrações cometidas pelo contribuinte. O Fisco deveria ter constituído o crédito por meio de notificação de lançamento. Ao meu sentir, não merece ser acolhida a pretensão da recorrente, pois o lançamento, atividade administrativa vinculada e obrigatória, privativa da autoridade fiscal, não admite discricionariedade acerca de sua efetivação; basta estarem presentes as condições definidas em lei como necessárias e suficientes à sua realização, *in casu*, a ocorrência do fato gerador do tributo e a inércia do sujeito passivo em tomar a iniciativa dos atos preparatórios para o lançamento que a lei lhe atribuiu a responsabilidade, no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

A existência de ação judicial não afasta o direito-dever de a Fazenda Pública formalizar, por meio de lançamento, o crédito tributário que entender devido, porquanto essa forma de suspensão da exigibilidade não interrompe nem suspende o curso do prazo decadencial. O fato de o lançamento ser efetuado por meio de auto de infração ou notificação de lançamento não compromete sua validade, desde que estejam presentes todos os requisitos legais dos arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 1972. O documento hábil para realizar o lançamento será o auto de infração ou a notificação de lançamento, conforme a falta se verificar, respectivamente, no serviço externo ou no serviço interno da repartição.

As questões abordadas pela recorrente como matéria de mérito no item III.1 referem-se à legalidade e constitucionalidade da Lei nº 9.718/1998. Conforme já mencionado, o contencioso administrativo não é o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza.

Quanto à não incidência da Cofins sobre mera variação cambial, apontada



**Processo nº : 13502.000538/2002-85**  
**Recurso nº : 123.166**  
**Acórdão nº : 203-09.010**

como causa de nulidade da decisão recorrida por não ter sido apreciada, entendo estar a mesma contida na ação judicial, pois, conforme relatório constante da sentença prolatada no Processo judicial nº 1999.34.00.004832-9 (fl. 72) as autoras ajuizaram ação declaratória "para que (a) seja reconhecida, em definitivo, a inexistência de relação jurídica entre as autoras e a promovida, que tenha por conteúdo a exigência da COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98, por não ter sido recepcionada pela Emenda Constitucional nº 20/98".

Em relação à exigência de juros moratórios, entendo ser cabível, pois, a teor do artigo 161 do CTN, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. Ora, se vier a ser declarada procedente a apelação cível, será reformada a decisão que exonerava a reclamante da obrigação tributária referente à Cofins, com isso, restará configurada a falta de pagamento da contribuição na data de seus vencimentos e, por conseguinte, o fato gerador dos juros moratórios.

Veja-se que a natureza dos juros de mora não é de sanção, mas simplesmente compensatória. Daí, para se concretizar a hipótese de incidência desses acréscimos legais, basta que o sujeito passivo não satisfaça, por qualquer motivo, a obrigação tributária no prazo legal. Os juros serão devidos inclusive durante o período em que a cobrança do tributo houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial, conforme previsto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736/1979.

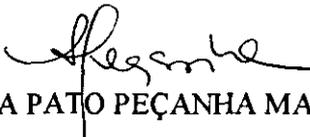
Os argumentos da recorrente sobre a arguição de inconstitucionalidade e desconformidade com o CTN da utilização para o cálculo dos juros de mora da Taxa Selic, segundo o disposto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, uma 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.

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.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 01 de julho de 2003

  
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS