



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicação no Diário Oficial da União De 20 de 06 de 05		
VISTO		

2º CC-MF Fl. _____

Recorrente : **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**
 Recorrida : **DRJ em Curitiba - PR**

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito debatida no âmbito da ação judicial.

LANÇAMENTO DE TRIBUTOS. MEDIDA JUDICIAL. A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhes execução.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores. **Preliminares de inconstitucionalidade e de nulidade rejeitadas.**

COFINS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, **seja qual for o motivo determinante da falta**, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.

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

MIN DA FAZENDA - 2.º CC COMPE COFINS ORIGINAL BRASÍLIA 03/11/04 VISTO
--

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.**

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: a) em rejeitar as preliminares de**

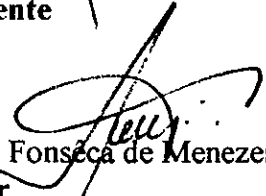


Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

inconstitucionalidade e de nulidade por vício formal; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.

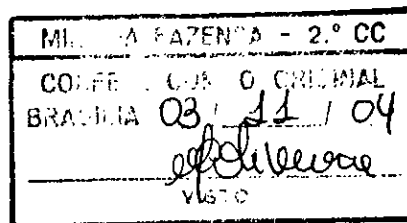
Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

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

Eaal/cf/ovrs





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONF. EST. COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 03 / 11 / 04
<i>ap. Oliveira</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

Recorrente : **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, do qual transcrevo excertos, a seguir:

“O presente processo trata de auto de infração de Contribuição Para Financiamento da Seguridade Social - Cofins (fls. 141/147), (...), além dos encargos legais.

2. Conforme explanado no Termo de Constatação, às fls. 139/140, o lançamento refere-se à Cofins resultante das mudanças introduzidas, a partir de 02/1998, pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, quais sejam a alteração do conceito de faturamento e o aumento de 1% na alíquota da contribuição, que passou de 2% para 3%.

3. Em face de ter a Justiça Federal, nos autos de ação de medida cautelar inominada (processo nº 1999.61.00.003589-8), concedido liminar à interessada com o fim de afastar a aplicação da Lei nº 9.718, de 1998, permitindo-lhe que recolha a Cofins nos termos da Lei Complementar nº 70, de 30 de outubro de 1991, o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, com a exigibilidade do crédito tributário suspensa e sem a aplicação de multa de ofício.

4. Enquadramento legal nos arts. 77, III, do Decreto-lei nº 5.844, de 1943; art. 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – CTN; art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações das Medidas Provisórias nºs. 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e 1.858, de 29 de julho de 1999, e suas reedições.

5. Cientificada do lançamento em 10/05/2001, a interessada ingressou, em 07/06/2001, com a tempestiva impugnação de fls. 156/188, onde articula as seguintes ponderações, em síntese:

a. ressalta já ter sido proferida sentença de mérito nos autos da Ação Ordinária nº 1999.61.00.010791-5, distribuída em apenso à Medida Cautelar nº 1999.61.00.003589-8, julgando procedente o pedido formulado e confirmando a liminar previamente concedida. Da referida sentença a União interpôs recurso de apelação, ainda pendente de julgamento. Assim, continua vigente a liminar concedida, e por conseguinte suspensa a exigibilidade do crédito tributário;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONSELHO DE CONTRIBUINTES ORIGINAL
BRASÍLIA 03/11/04
<i>afelice</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

b. alega a nulidade do auto de infração, sob o argumento de que o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF – foi expedido por autoridade incompetente, ou seja, o Chefe da Divisão de Fiscalização da Indústria, que não está incluído no rol dos agentes públicos competentes para sua expedição, constante do art. 6º da Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999. Diz não ser possível a alegação de que tenha havido delegação de competência, com fundamento no art. 21 da referida portaria, tendo em vista que, além de não haver tal previsão regulamentar (inciso III), não foi indicado o ato pelo qual teria ocorrido a delegação, mesmo que de forma irregular. Igualmente, entende não ser possível tenha havido delegação por força do disposto no art. 1º da Portaria SRF nº 407, de 17 de abril de 2001, uma vez que tal portaria foi editada e publicada posteriormente à emissão do questionado MPF;

c. Diz ter o fisco se utilizado de instrumento inadequado para constituir o crédito tributário, isso porque a lavratura de auto de infração apenas se justifica quando da necessidade de aplicação de penalidades, em face de infração cometida pelo contribuinte. No caso presente, entende, o instrumento adequado para a constituição do crédito tributário seria a notificação de lançamento, prevista nos arts. 9º e 11 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, porquanto não houve cometimento de irregularidade alguma passível de ser apenada e apurada por meio de auto de infração, já que a matéria tributável está sendo discutida judicialmente, inclusive com medida liminar deferida, sendo o lançamento destinado unicamente à garantia da constituição do crédito, em face do instituto da decadência;

d. Argúi no sentido de que, apesar de a matéria tributável estar sendo discutida na esfera judicial, a autoridade julgadora deve se manifestar acerca da impugnação apresentada, sem levar em consideração o disposto no art. 38, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe que a propositura de ação judicial pelo contribuinte implica renúncia à esfera administrativa, isso porque a ação judicial foi interposta anteriormente à autuação, e porque tal artigo foi revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999, que determina que qualquer renúncia à esfera administrativa não mais pode ser presumida, devendo ser requerida mediante manifestação escrita do contribuinte. Além do mais, em atenção ao princípio da especificidade das leis, deve-se aplicar o art. 51 da Lei nº 9.784, de 1999, em detrimento do art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, de vez que a Lei nº 9.784, de 1999 regula o processo administrativo federal, enquanto a Lei nº 6.830, de 1980, é uma norma de direito processual judicial, que regula o procedimento a ser adotado nos processos de execução fiscal;

e. ressalta o fato de que, além do objeto da ação judicial, ou seja, a discussão acerca da constitucionalidade da exigência de Cofins nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, outros argumentos se apresentam para análise no presente processo, quais sejam: os vícios do MPF; a inadequação do meio utilizado para a constituição do crédito tributário; a inaplicabilidade do art. 38, parágrafo



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
COMISSÃO DO ORIGINAL
03/11/04
<i>af. Oliveira</i>
VIS

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

único, da Lei nº 6.830, de 1980, e a ilegalidade da exigência de juros de mora exigidos, notadamente pela taxa Selic;

f. alega que, conforme art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, a contribuição para a Cofins é devida à alíquota de 2%, com base no faturamento, e que o aumento da alíquota para 3%, assim como a alteração da base de cálculo, que passou a ser a totalidade das receitas, promovidos pela Lei nº 9.718, de 1998, são inconstitucionais;

g. requer seja o julgamento efetuado tendo em vista a aplicação dos princípios constitucionais, não observados na edição da Lei nº 9.718, de 1998, não para declarar a inconstitucionalidade da referida lei, o que é tarefa exclusiva do poder judiciário, mas para que seja adequadamente aplicada a totalidade do ordenamento jurídico, reconhecendo-se, com isso, a supremacia da Constituição;

h. diz ser indevida a exigência de juros de mora, já que o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa em decorrência de medida liminar concedida pela Justiça Federal, e os contribuintes não podem ser punidos por se socorrer do Poder Judiciário, sob pena de nada valer a garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal;

i. reclama da cobrança de juros com base na Taxa Selic, de vez que esta possui natureza remuneratória, portanto jamais poderia ser utilizada como juros moratórios, além de que a referida taxa não foi criada por lei, em ofensa ao princípio constitucional da legalidade e ao disposto no art. 161, parágrafo primeiro, do Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - CTN.

j. Por fim, em lhe sendo favorável a análise de mérito, solicita não sejam apreciadas as questões preliminares, por economia processual.

6. Em face da Portaria MF nº 416, de 21 de novembro de 2.000, veio o processo a julgamento desta DRJ.”

A DRJ em Curitiba - PR proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

Ementa: AÇÃO JUDICIAL.

A existência de ação judicial, em nome da interessada, importa renúncia às instâncias administrativas.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. INSTRUMENTO UTILIZADO.



Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

O auto de infração é o instrumento adequado à constituição de crédito tributário realizada por servidor competente, em trabalho de auditoria externa.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. MEDIDA LIMINAR.

A concessão de medida liminar não é obstáculo à constituição do crédito tributário, e o lançamento de ofício, nesse caso, visa evitar a decadência.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Incidem juros de mora equivalentes à Selic, em relação aos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória, ressaltando, inicialmente que não ocorreu a renúncia à esfera administrativa.

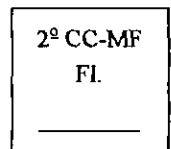
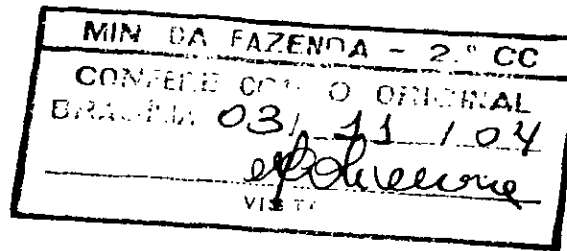
É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA - 2º CC
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
BRASIL 03/11/04
<i>afeliceira</i>
VICENTE



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Analisando-se, por partes, as argumentações trazidas pela recorrente, temos o que segue.

1. DA RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

De fato, guarda razão a decisão recorrida ao considerar que, em parte, são idênticos os objetos da ação judicial e do processo administrativo. Tanto o é que o próprio auto de infração foi lavrado com a finalidade de prevenir a decadência da contribuição, com exigibilidade do crédito suspensa e sem aplicação da multa de ofício, por estar sendo questionada judicialmente a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, matéria presente também nas peças impugnatória e recursal.

Desse modo, fica prejudicada, na esfera administrativa, a análise de mérito em relação à alteração do conceito de faturamento e ao aumento da alíquota da Cofins de 2% para 3%, promovidos pela Lei nº 9.718, de 1998, por se tratar da mesma matéria levada à apreciação da autoridade judicial, devendo ser observada a decisão final da Justiça Federal.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário* (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperá, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança.”

E Alberto Xavier, no seu *“Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”*, Forense, 1997, ensina:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
COM. DE CONT. ORIGINAL
BRASIL, 03/11/04
<i>aplicação</i>
VOTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

“Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao Poder Judiciário.

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial.

Sobre este assunto, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03, de 14 de fevereiro de 1996:

(...)

a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, 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.

(...)

c) no caso da letra “a”, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

(...)

d) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

(...)”.

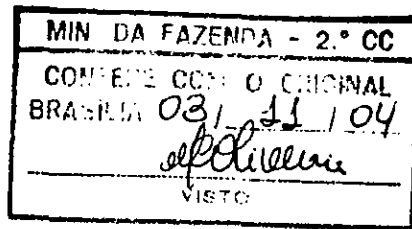
Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 7, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *verbis*:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321



“(…)

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e, nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retorna-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

1.1 – “O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2º Vol., ed. 1977, no. 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 (“Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...”).

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

(…)” (grifos do original)

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria recursal, em parte, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

2. DA PARTE CONHECIDA.

2.1 DAS PRELIMINARES

2.1.1. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DE APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

A recorrente aduz que a Taxa SELIC, pelas razões que elenca, inclusive agressões ao CTN, é inconstitucional.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
COM. E COM. O. CONSTITUCIONAL
BRASILIA 03/11/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como da constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III, "b", da Carta Magna.

Neste mesmo sentido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

"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 aprivação 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, 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 arguição.

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 Legislativo e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.

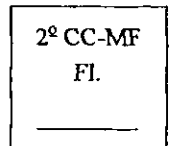
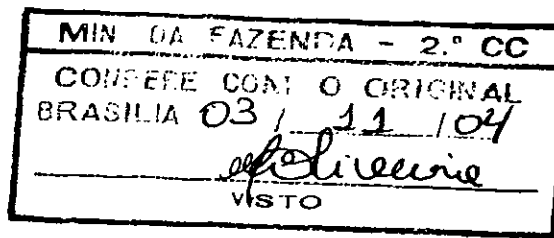
5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, par. 1º e 103, I e VI)."

Não há, portanto, como se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321



Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.

2.1.2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR VÍCIO FORMAL.

Aduz a defesa que o auto de infração padece de nulidade, por ter ocorrido falhas relativas ao Mandado de Procedimento Fiscal e por ter sido utilizada, para exigência do crédito, a lavratura de auto de infração, quando o que deveria ter sido feito seria notificação de lançamento, visto que a contribuinte não teria cometido nenhuma infração.

DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL E A SUA REPERCUSSÃO NO PROCEDIMENTO FISCAL.

Quanto à preliminar de nulidade da ação fiscal baseada no argumento de que houve falhas quanto aos prazos do MPF, não merece ser acolhida, conforme demonstrar-se-á a seguir.

O Mandado de Procedimento Fiscal, disciplinado pela Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, consiste em uma ordem específica emitida por autoridade competente da Secretaria da Receita Federal para que servidor(es) a ela subordinado(s) proceda(m), no caso de fiscalização, à verificação do cumprimento das obrigações tributárias, 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.

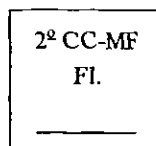
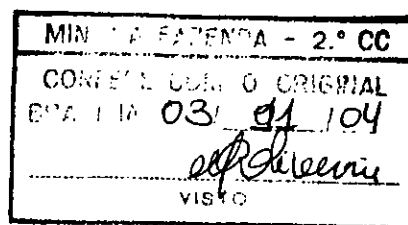
Tal instituto, no entanto, por ser media meramente disciplinadora visando à administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

Por outro lado, a competência funcional para lavratura do auto de infração decorre do disposto na Lei nº 2.354/54, *verbis*, dispositivo constante do Regulamento do Imposto de Renda/94:

“Art. 950. A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei nº 2.354/54, art. 7º, e Decreto-lei nº 2.225/85).

Art. 951. Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais (Lei nº 2.354/54, art. 7º)

Art. 960. Sempre que apurarem infração das disposições deste Regulamento, inclusive pela verificação de omissão de valores na declaração de bens os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Processo Administrativo Fiscal.” (grifos acrescidos)

Após a Lei nº 10.593, de 06/12/02, a denominação do cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional passou a ser Auditor-Fiscal da Receita Federal.

O auto de infração, que constitui o crédito guerreado, foi procedido com observância das disposições do Código Tributário Nacional, lavrado por pessoa competente para tal, com adequada capitulação legal dos fatos e tendo sido garantido à atuada todos os meios de defesa previstos na Legislação de regência.

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;

II - Os despachos e decisões proferido 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.”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

MINISTÉRIO DA FAZENDA - 2.º CC
COMISSÃO DE RECURSOS FISCAL
BRASÍLIA 03/11/04
<i>Alf. Oliveira</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

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.

Não há por que, com base em alegação de descumprimento de uma Portaria dirigida à administração dos recursos humanos de fiscalização, que se macular o procedimento fiscal de nulidade.

Independentemente de terem sido cumpridos ou não os requisitos previstos na Portaria citada, rejeito a preliminar de nulidade argüida, por este aspecto.

Ademais, como a própria decisão recorrida observa:

“10. **Em relação a vícios do MPF**, a alegação da impugnante é de que o MPF apresentado para início da ação fiscal foi emitido por autoridade incompetente, ou seja, o Chefe da Divisão de Fiscalização da Indústria, cujo cargo não consta entre aqueles autorizados à sua emissão, relacionados no art. 6º da Portaria SRF nº 1.265, de 1999.

11. Ocorre que a referida portaria também prevê a possibilidade de delegação de competência, entre outras, dos Delegados da Receita Federal para os Chefes das projeções do Sistema de Fiscalização ou Aduaneiro de suas respectivas unidades, como se vê no art. 21, III. Foi o que ocorreu no caso em questão. Observe-se que, contrariamente ao que alega a impugnante, tanto no MPF inicial como nos MPF complementares, anexados às fls. 01 a 06, em todos sempre constou o número das respectivas Portarias de delegação de competência.”

DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO AO INVÉS DE NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO.

O Decreto 70.235/72 dispõe, acerca do lançamento efetivado por auto de infração ou notificação de lançamento:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

MINISTÉRIO DA FAZENDA - 2º CC
COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO ORIGINAL
BRASILIA 03/11/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do atuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico."

Constata-se, no caso vertente, em lançamento procedido em ação fiscal externa, amparada pelos pressupostos legais de competência do agente, o que implica em que a exigência fiscal foi corretamente consubstanciada em auto de infração.

Quanto à questão referente à constituição do crédito com exigibilidade suspensa, cabe apenas ressaltar que, até mesmo por uma questão de semântica e lógica, tal argumentação não procede, visto que a constituição do crédito tributário não significa a sua automática exigência, posto que há casos em que a Legislação determina tal constituição com a imediata suspensão da sua cobrança.

Ademais, a atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos dos artigos 141 e 142 do Código Tributário Nacional, conforme transcrição, *in verbis*:

"Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. A FAZENDA - 2.º CC
COMITÊ DE REVISÃO FISCAL
BRASIL 03/11/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.004738/2001-00
Recurso nº : 123.964
Acórdão nº : 203-09.321

ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Por fim, a Lei 9.430/96, em seu artigo 63, trata especificamente sobre o assunto, encerrando de vez quaisquer conjecturas sobre o assunto.

Também com relação a esta questão, não procedem as alegações feitas, o que nos conduz a, com base no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, rejeitar a nulidade arguida.

3. MÉRITO.

No mérito, resta apenas o questionamento da aplicação dos juros de mora, em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Os juros de mora são exigidos com base no artigo 161 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

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

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

No entanto, já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado a dispensa dos mesmos apenas nos casos em que for constatada a ocorrência de depósitos judiciais, oportunidade em que tal exoneração se dá com relação à contribuição que tenha sido depositada



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13807.004738/2001-00

Recurso nº : 123.964

Acórdão nº : 203-09.321

em juízo tempestiva e integralmente, o que não resta provado nos autos. Sequer a defesa os menciona no item concernente a esta alegação (fl. 240, item 7).

Por todo o exposto, voto no sentido de **não conhecer, em parte**, do recurso, por opção pela via judicial, e, na parte conhecida, rejeitar as **preliminares de inconstitucionalidade e de nulidade** para, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2003


VALMAR FONSECA DE MENEZES

