



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 04 / 04 / 2003
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13855.000567/00-03
Recurso nº : 118.343
Acórdão nº : 203-08.490

Recorrente : MAGAZINE LUÍZA S.A.
Recorrida : DRJ em Ribeirão preto - SP

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.

COFINS – JUROS MORATÓRIOS - São devidos sobre os créditos tributários não recolhidos ou depositados no seu vencimento.

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. (Lei nº 9.065/95).

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MAGAZINE LUÍZA S.A.**

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, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2002.

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antônio Augusto Borges Torres, Lina Maria Vieira, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Maria Cristina Roza da Costa, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Mauro Wasilewski.

Eaal/cf/ja



Processo nº : 13855.000567/00-03
Recurso nº : 118.343
Acórdão nº : 203-08.490
Recorrente : MAGAZINE LUÍZA S.A.

RELATÓRIO

A empresa **MAGAZINE LUÍZA S.A.** foi autuada, às fls. 02/03, pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de março/99 a agosto/99.

Exigiu-se no auto de infração lavrado a contribuição e juros de mora, perfazendo o crédito tributário o total de R\$342.982,91.

Impugnando tempestivamente o feito, às fls. 46/75, a autuada alegou, em suma, que:

- seria necessário o sobrestamento do julgamento do auto de infração, pelo fato de que, se concedida a segurança, restaria prejudicado o ato administrativo;
- foi concedido medida liminar, revogada pela sentença de primeira instância. Entretanto, a apelação foi recebida no efeito suspensivo, em face do agravo de instrumento interposto;
- a majoração da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/1998 foi inconstitucional, por ofender a definição constante da própria Constituição e ofender o princípio da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 110. A Emenda Constitucional nº 20/1998 não poderia tornar válida uma norma que não tinha respaldo constitucional à época de sua publicação;
- não poderiam ser exigidos juros de mora sobre créditos com exigibilidade suspensa, por não se tratar de inadimplemento culposo do sujeito passivo. A disposição do Decreto-Lei nº 1.736/1977, art. 5º, não poderia alterar o CTN; e
- os juros de mora não poderiam ser cobrados com base na Taxa SELIC, por se tratar de taxa substituta da correção monetária e de caráter remuneratório.

Segundo o Termo de fl. 03, a empresa deixou de declarar em DCTF alguns valores da COFINS. As cópias de DCTF foram juntadas às fls. 19/25, e cópia de andamento do andado de segurança impetrado pela empresa contra o Delegado da DRF em Franca/SP constou da fl. 24.



Processo nº : 13855.000567/00-03
Recurso nº : 118.343
Acórdão nº : 203-08.490

A autoridade julgadora de primeira instância manteve, na íntegra, o lançamento, em Decisão assim ementada (doc. fls. 318/322):

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999, 31/08/1999.

Ementa: APRESENTAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A apresentação, pelo sujeito passivo, de ação judicial a respeito de exigência tributária implica renúncia ao direito de contestação administrativa.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/04/1999, 31/05/1999, 30/06/1999, 31/07/1999, 31/08/1999

Ementa: JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário é irrelevante para a caracterização da mora do sujeito passivo.

JUROS DE MORA. TAXA DO SELIC.

A exigência de juros de mora com base na taxa do Selic está de acordo com as disposições do Código Tributário Nacional.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Inconformada com a decisão singular, a autuada, às fls. 329/366, interpôs Recurso Voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, alegando, em suma, que:

- a presente autuação fiscal foi realizada na vigência de medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário porventura devido, tendo em vista as decisões proferidas nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.13.001475-5, razão pela qual consignou expressamente o próprio auto de infração lavrado a suspensão de sua cobrança no presente feito até decisão final do Judiciário quanto à matéria;
- interposição de recurso no caso concreto não estava sujeita ao depósito no art. 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.973-65, de 28.08.2000, face à suspensão da exigibilidade do crédito tributário;



Processo nº : 13855.000567/00-03
Recurso nº : 118.343
Acórdão nº : 203-08.490

- atualmente seria inexigível o crédito tributário relativo à COFINS consignada no auto de infração por força de decisão do MM Juiz Federal da 1º Vara de Franca/SP, o que levaria inexoravelmente à suspensão da exigibilidade dos juros que lhe seriam acessórios, por óbvio não se poderia pretender exigir o depósito de parte deste mesmo crédito;
- a recorrente já se encontrava em Juízo com ação em curso versando a matéria objeto do auto impugnado, quando foi autuada. Tal comprovou que não houve qualquer renúncia ao poder de recorrer, inexistente quando da propositura da ação. O que sucedeu foi uma autuação enquanto pendente o processo judicial e não o abandono da via administrativa com o ingresso naquela judicial. A situação foi exatamente inversa daquela prevista em lei como causa de renúncia ao poder de recorrer;
- todo este feito esteve eivado de equívocos e que, de fato, é defeso à Administração proceder na instauração de processo fiscal contra o contribuinte que esteja amparado por medida judicial acautelatória;
- o não conhecimento da impugnação da recorrente não teve suporte em qualquer dispositivo legal e afrontou claramente o texto constitucional impondo a nulidade do decidido;
- a modificação da base de cálculo da COFINS introduzida pela nova lei violou flagrantemente o artigo 195, I, da Constituição Federal, porque implicou alterar o significado da expressão **faturamento** expressamente referida, conceito de Direito Comercial cujo alcance e significado foi dado pela doutrina e jurisprudência do STF e que como tal foi por ela acolhido, não podendo ser modificado por legislação ordinária, como preceituou o artigo 110 do CTN;
- o Supremo Tribunal Federal expressamente reconheceu que o conceito de receita bruta era mais amplo que o de faturamento, tendo emprestado ao termo definição conforme a Constituição Federal para reduzi-lo ao conceito de faturamento trazido pelo DL nº 2.397/87. E foi somente em razão deste entendimento que foi possível concluir-se pela não violação naquele caso do disposto no art. 110 do CTN;
- ao definir faturamento como a “totalidade das receitas” auferidas pela pessoa jurídica a Lei nº 9.718/98 desbordou em muito da competência outorgada pela Constituição Federal;
- considerando a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de que resultou a EC nº 20/98, promulgada em 16/12/98, outorgando à União Federal competência tributária nova para a instituição de contribuição social sobre receitas, para o exercício desta competência fez-se necessária a edição de



Processo nº : 13855.000567/00-03
Recurso nº : 118.343
Acórdão nº : 203-08.490

nova lei. Realmente, quando da publicação da Lei nº 9.718/98, não existia qualquer norma constitucional que outorgasse à União Federal competência para a criação de uma contribuição sobre receitas, de modo que a referida lei era inválida quando de sua edição, não podendo ser convalidada, uma vez que a EC nº 20/98 é posterior à sua edição, não tendo assim o condão de fazer desaparecer os vícios de inconstitucionalidade de que padecia aquele diploma legal;

- concedida a medida liminar pleiteada pela recorrente nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.13.001475-5, ficou suspensa a exigibilidade do crédito tributário questionado, a impedir não só a sua cobrança pelas autoridades fiscais, mas também a imposição de qualquer acréscimo à obrigação principal, caso seja devido o tributo ao final do processo judicial. Não havia que se falar em mora do contribuinte que deixou de efetuar o respectivo recolhimento ao amparo de decisão judicial. Dúvida não remanesceu quanto à possibilidade de imposição de juros moratórios apenas nas hipóteses de não cumprimento injustificado, culposo, sob pena de violação ao art. 963 do Código Civil;
- se o contribuinte ingressou preventivamente em juízo, obtendo suspensão da exigibilidade do crédito tributário questionado antes do vencimento da obrigação e, portanto, antes que se caracterizasse o seu inadimplemento culposo, esta suspensão operou como fator impeditivo da consumação da mora, que não poderia ser caracterizada enquanto vigente aquele provimento jurisdicional; e
- ao determinar a correspondência dos juros moratórios à variação da Taxa SELIC, albergou a lei verdadeira delegação de competência. Com efeito, os juros moratórios como acessório do crédito tributário somente poderiam ter sua taxa fixada por lei, nos termos do art. 161 do CTN. Se a lei outorgou a uma taxa apurada administrativamente a função de referencial da taxa dos juros moratórios, estava indiretamente atribuindo à autoridade administrativa, no caso o Banco Central, o poder de fixar a taxa de tais juros. A Taxa SELIC foi apurada administrativamente, mas gerada no mercado financeiro, que foi, em última análise, quem determinou a taxa de tais juros. Essa delegação, além de vedada pelo princípio da legalidade em matéria tributária, foi expressamente proscrita pelo art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É o relatório.



Processo nº : 13855.000567/00-03
Recurso nº : 118.343
Acórdão nº : 203-08.490

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

No apelo apresentado a este Conselho, a recorrente reitera os argumentos expendidos na ação judicial de mandado de segurança, que questiona o recolhimento da COFINS com base no Lei nº 9.718/98 e a aplicabilidade dos juros de mora com a utilização da Taxa SELIC nos cálculos.

Este Colegiado entende que, apesar de a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspender a exigibilidade do crédito tributário, é legítima a sua constituição pela autoridade administrativa para prevenir a decadência.

Quanto à matéria discutida judicialmente, 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.

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 ou eventualmente ordem judicial expedida em mandado de segurança determinando que a autoridade fiscal se abstenha de fazê-lo.

Em contrapartida, a legislação pertinente estabelece regras claras sobre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado. O lançamento do crédito e



Processo nº : 13855.000567/00-03
Recurso nº : 118.343
Acórdão nº : 203-08.490

sua exigibilidade são matérias distintas e inconfundíveis, e recebem cada uma o devido tratamento legal apropriado.

Ademais, vale lembrar que a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a decisão administrativa por mandamento constitucional expreso.

Dessa forma, voto no sentido de não conhecer da matéria discutida judicialmente.

Resta, portanto, analisar a aplicabilidade dos juros de mora e da SELIC.

Em relação aos juros, é pacífico o entendimento, nesta Terceira Câmara, que são devidos quando o crédito não é recolhido e nem depositado judicialmente no respectivo vencimento.

Quanto à aplicação da Taxa SELIC no cálculo dos juros moratórios, vejo que não assiste razão à 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, nos termos expressos na Lei nº 9.065/95, e este não é o foro competente para discutir eventual inconstitucionalidade porventura existente na lei.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento quanto à parte conhecida do recurso.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2002.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO