



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002691/2002-75  
Recurso nº : 124.748  
Acórdão nº : 203-09.713

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 27/09/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.
_____

Recorrente : DE MILLUS S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO  
Recorrida : DRJ-II no Rio de Janeiro - RJ

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial
De 21/03/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

#### NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

DESCRIÇÃO DOS FATOS. Deve ser rejeitado o pedido de nulidade do auto de infração fundado na deficiência da descrição dos fatos, quando os elementos contidos no lançamento, em especial os anexos que contêm os cálculos do crédito tributário devido, deixam evidenciada a origem das diferenças apuradas pelo Fisco.

MPF. Não há que se falar em incompetência do autuante por irregularidades no MPF, quando o procedimento de fiscalização foi conduzido na estrita observância da portaria SRF nº 3.007, de 25 de novembro de 2001. **Preliminar rejeitada.**

AÇÃO JUDICIAL. Comprovado nos autos a propositura de ação judicial contra a Fazenda - 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, a teor do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, e no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96.

COFINS . LANÇAMENTO DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. 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.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **DE MILLUS S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO.**

**ACORDAM** os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em **rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004.

*[Assinatura]*  
Leonardo de Andrade Couto  
Presidente e Relator



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 18471.002691/2002-75

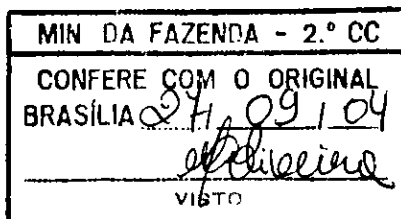
Recurso nº : 124.748

Acórdão nº : 203-09.713

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins, Rodrigo Bernardes Raimundo de Carvalho (Suplente), Emanuel Carlos Dantas de Assis, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Cesar Piantavigna.

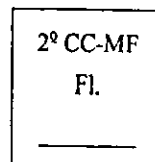
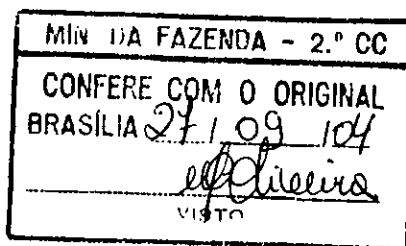
Eaal/mdc





Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002691/2002-75  
Recurso nº : 124.748  
Acórdão nº : 203-09.713



Recorrente : DE MILLUS S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

## RELATÓRIO

Por bem resumir a controvérsia, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

*Versa o presente processo sobre o auto de infração de fls. 59/66, relativo ao não recolhimento do total devido referente à Cofins. Com respeito aos fatos geradores no período de maio/99 a dezembro/1999, fevereiro/2000, maio/2000 a dezembro/2001, e fevereiro a junho de 2002, consubstanciando exigência de crédito tributário referente à contribuição no valor de R\$7.247.849,16, e juros de mora, calculados até 31/10/2002, no montante de R\$2.378.507,19, em um total de R\$9.626.356,35.*

*2. Segundo a descrição dos fatos de fls. 60, a impugnante foi autuada por ter sido constatado, durante o procedimento de verificações obrigatórias, divergências entre os valores declarados e os valores escriturados conforme Termo de Constatação e Verificação Fiscal, às fls. 56/58, o qual faz parte integrante do respectivo auto de infração.*

*3. No Termo de Constatação e Verificação Fiscal aludido, a autoridade fiscal afirma que elaborou os quadros demonstrativos relativos à apuração da base de cálculo da Cofins, conforme receitas informadas pelo contribuinte, levando em consideração o valor efetivamente pago/declarado e constantes dos sistemas administrados pela SRF ou nas declarações apresentadas e demais créditos vinculados.*

*4. Afirma ainda a autoridade fiscal, que o auto de infração deveu-se ao fato desta ter encontrado diferenças entre os valores declarados/recolhidos e os valores por ela apurados, conforme consta nos Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada, de fls. 12/15.*

*5. O Crédito tributário lançado encontra-se com sua exigibilidade suspensa por força de medida liminar concedida nos autos do processo nº 99.0013680-2 da 21ª Vara Federal, e com ordem de segurança concedida em 24/11/1999, neste mesmo processo.*

*6. O enquadramento legal baseia-se no artigo 77, inciso III, do Decreto-Lei nº 5.844/1943, artigo 149, da Lei nº 5.172/1966, artigo 1º da Lei Complementar nº 70/1991, arts 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/1988, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/1999, e suas reedições, MP nº 1.858/1999, e suas reedições.*

*7. Inconformada, a interessada apresentou, em 11/12/2002, a petição de impugnação, de fls. 71/89, alegando, em síntese, o seguinte:*

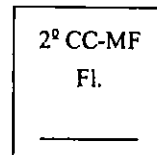
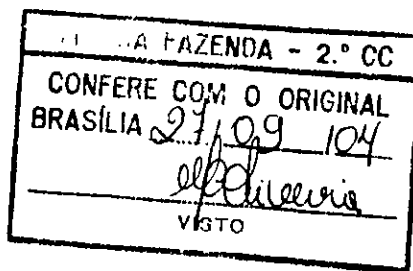
### **. Preliminar**

#### **I – Nulidade do auto de infração**



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002691/2002-75  
Recurso nº : 124.748  
Acórdão nº : 203-09.713



*a) incompetência da autoridade fiscal autuante*

*7.1 de acordo com a Portaria nº 3007, de 26 de novembro de 2001, as fiscalizações tributárias devem ser realizadas mediante mandados de procedimento fiscal, dos quais deve ser dado ciência ao sujeito passivo, consoante o disposto no artigo 4º, da mesma;*

*7.2 a autoridade fiscal autuante iniciou seus trabalhos munido do mandado de procedimento fiscal nº 071 2000 2001 001197-9, emitido em 20 de abril de 2001, tendo sido prorrogado por seis vezes consecutivas, expirando o prazo da última prorrogação em 26 de janeiro de 2002, sem que qualquer auto de infração fosse lavrado;*

*7.3 em 23 de fevereiro de 2002, foi expedido um novo mandado de procedimento fiscal para a mesma autoridade fiscal, com o nº de 07.1.90.00-2002-00069-0, tendo sido dado ciência à interessada, tendo sido este por três vezes prorrogado, sendo essas três prorrogações científicas à impugnante, expirando o prazo da última prorrogação em 23/06/2002;*

*7.4 a partir daí não foi dado ciência à impugnante de nenhuma nova prorrogação, tendo sido a impugnante autuada com base neste último MPF;*

*7.5 pelo exposto conclui-se que o fiscal autuante não tinha poderes para a lavratura do auto de infração, sendo nulo o mesmo de acordo com o art. 59 do Decreto 70.235/72, pois de acordo com o parágrafo único do art. 16 da Portaria nº 3007/2001, não poderia ser designado o mesmo AFRF, responsável pela execução do mandado extinto, na emissão do novo MPF, bem como deveria ter sido dado ciência à impugnante das prorrogações desse mandado, se é que essas prorrogações ocorreram;*

*b) ausência de descrição do fato*

*7.6 em afronta ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72, bem como ao art. 142 do CTN, o auto de infração não indica o fato gerador, bem como a base de cálculo do lançamento, prejudicando o direito de defesa da impugnante, acarretando, em consequência, a nulidade do mesmo de acordo com o art. 59, II do citado decreto;*

*7.7 transcreve ementas de acórdãos de tribunais administrativos para embasar sua tese;*

**. Mérito**

*a) inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998*

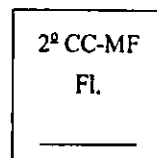
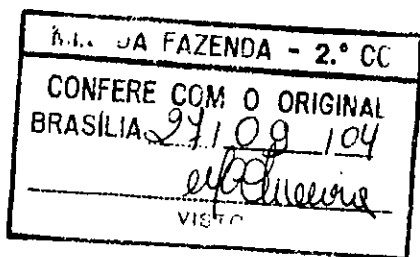
*7.8 a Lei nº 9.718/1998, cuja constitucionalidade a impugnante está discutindo judicialmente, alargou a base de cálculo da Cofins, contudo esta seguiu adotando a base de cálculo vigente anteriormente, tendo em vista a clara inconstitucionalidade da mesma, reconhecida na sentença do Exmo. Sr. Juiz Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, cuja cópia segue anexo;*

*7.9 enumera várias causas que no seu entender tornam a Lei nº 9.718/1998 inconstitucional, entre as quais as seguintes:*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002691/2002-75  
Recurso nº : 124.748  
Acórdão nº : 203-09.713



*I – quando a lei foi promulgada, as contribuições destinadas ao custeio da previdência, devidas pelos empregadores, só poderia incidir sobre a folha de salários, o faturamento ou o lucro, de acordo como o art. 195 da Constituição Federal;*

*II – para instituir contribuições para a previdência social, com incidências diferentes, era necessária a observância da não cumulatividade, a adoção de fato gerador e base de cálculo diferente dos impostos discriminados na Constituição, e, sobretudo, a existência de lei complementar regulando a exação, de acordo com o parágrafo 4º do art. 195, e o art. 154, I, ambos da Constituição Federal;*

*III – por padecer desses mesmos vícios o STF proclamou a inconstitucionalidade do inciso I, artigo 3º, da Lei nº 7.787/1989;*

*IV – transcreve ementa deste julgado;*

*V – nem mesmo a EC nº 20/1998, poderia convalidar a Lei nº 9.718/1998, pois a constitucionalidade de uma lei se afere pelo texto constitucional vigente no momento em que ela é publicada, sendo esta jurisprudência pacífica do STF;*

*VI – transcreve trecho de ementa do STF, relativo à questão;*

*VII – afirma estar sendo reconhecida, esta inconstitucionalidade, por todos os tribunais do país transcrevendo trecho do acórdão do TRF;*

#### **Juros pela taxa SELIC**

*7.10 os juros de mora deveria ser fixados em lei, e não serem fixados unilateralmente pela administração, não satisfazendo o disposto no parágrafo 1º do art. 161, do CTN;*

*7.11 transcreve acórdão do STJ, nesse mesmo sentido.*

*8 Pelo exposto pede que seja anulado o auto de infração julgando-se improcedente a ação fiscal.*

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

**Assunto: Normas de Administração Tributária**

**Ano-calendário : 1999, 2000, 2001, 2002**

**Ementa: Constitucionalidade das leis.**

*Não compete às Delegacias de Julgamento da Receita Federal, como tribunal administrativo que são, o exame da constitucionalidade das leis e normas administrativas.*

**Ação judicial proposta pelo interessado. Renúncia às instâncias administrativas. Impugnação não conhecida na parte que tenha concomitância de objeto.**

*Ação judicial proposta pelo interessado contra a Fazenda Nacional – antes ou após o lançamento do crédito tributário – com idêntico objeto, impõe renúncia às instâncias*



Processo nº : 18471.002691/2002-75  
Recurso nº : 124.748  
Acórdão nº : 203-09.713

*administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, na parte que tenha concomitância, sem a apreciação do mérito.*

**Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário**

**Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002**

**Ementa: Acréscimos legais – Juros de mora – Taxa SELIC -**

*É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/04/95, os juros de mora são equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.*

**Nulidade. Lançamento fiscal. Mandado de Procedimento Fiscal.**

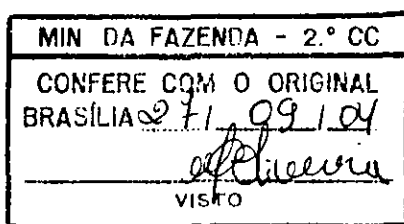
*Não se enquadrando nas causas enumeradas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, é incabível falar-se em nulidade de lançamento fiscal efetuado na devida forma da lei, mesmo que o procedimento tenha se iniciado anteriormente à data do Mandado de Procedimento Fiscal.*

*Lançamento Procedente.*

Inconformada, a interessada recorre a este Conselho (fls. 137/160) reiterando as razões da peça impugnatória.

Foram apresentados documentos para garantia de instância às fls. 161/164 e formalização de desistência do recurso na parte referente ao aumento da alíquota da Cofins de 2% para 3% (fls. 187/188).

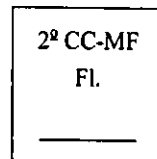
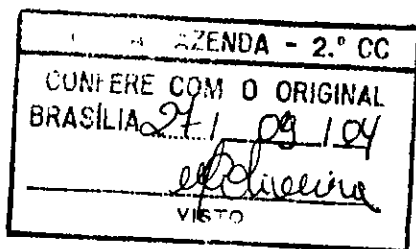
É o relatório.





Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 18471.002691/2002-75  
Recurso n° : 124.748  
Acórdão n° : 203-09.713



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
LEONARDO DE ANDRADE COUTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

I) Nulidade do Auto de Infração:

Na arguição de nulidade do auto de infração, a recorrente questiona a competência do Auditor Fiscal autuante em função de irregularidades no Mandado de Procedimento Fiscal. Segundo ela, o MPF que deu origem à fiscalização foi extinto e substituído por outro o qual deveria ter sido distribuído a outro Auditor. Aduz ainda que não foi cientificada de todas as prorrogações do novo MPF.

A Portaria SRF n° 3007, de 26 de novembro de 2001, estabelece:

*Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:*

*I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;*

*II - sessenta dias, no caso de MPF-D.*

*Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de trinta dias.*

*§ 1º A prorrogação de que trata o caput far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII.*

*§ 2º Após cada prorrogação, o AFRF responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo VI.*

.....  
*Art. 15. O MPF se extingue:*

*I - pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;*

*II - pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.*

*Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.*

*Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.*

A extinção do MPF, além da óbvia situação de encerramento do procedimento, ocorre exclusivamente pelo descumprimento do prazo estabelecido nos arts. 12 e 13. Em outras palavras, se no final do prazo de que trata o art. 12 o MPF não for prorrogado, ou, se nos termos



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002691/2002-75  
Recurso nº : 124.748  
Acórdão nº : 203-09.713

MIN. DA FAZENDA - 2ª SEÇÃO
CONFERE ORIGINAL
BRASÍLIA 24/09/04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.
_____

do art. 13 alguma prorrogação deixar de ser efetuada a cada trinta dias, haverá necessidade de emissão de um novo MPF. Nesse caso, seria indicado um novo Auditor Fiscal.

Não é o que parece no caso em exame. Houve simplesmente uma mudança administrativa de caráter eminentemente interno através da qual o procedimento de fiscalização passou ao controle de uma outra Unidade (Defic) sob responsabilidade de uma nova autoridade outorgante, ainda que com os mesmos AFRFs. O novo MPF veio substituir o anterior apenas para registrar tal fato. Portanto, não houve a extinção preconizada na Portaria 3007/01.

Em relação a não ter sido cientificada de algumas prorrogações do novo MPF o que implicaria em nulidade, entendo que a alegação não pode prosperar.

De fato, o § 2º do art. 13 da Portaria em tela, prevê, a cada prorrogação, a entrega ao fiscalizado do Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF. Entretanto, não se pode olvidar que os dados contidos nesse documento são extraídos de informações disponibilizadas na Internet. A possibilidade de consulta, mediante código de acesso, é expressamente indicada ao sujeito passivo no início do procedimento e também em cada um dos Demonstrativos de Emissão e Prorrogação de MPF, o que inclui os recebidos.

Além disso, a existência de Termos de Intimação lavrados respectivamente em 12/08/2002 (fl. 6) e 21/10/2002 (fl. 7) deixava claro à recorrente que, mesmo sem ter ciência formal da prorrogação do MPF, o procedimento de fiscalização estava em andamento.

Não vislumbro, portanto, nenhuma irregularidade no MPF que possa comprometer a autoridade do AFRF no exercício da ação fiscal.

No que tange à deficiência na descrição dos fatos, veja-se que, conforme descrito no Termo de Constatação e Verificação Fiscal (56/58), a apuração da Contribuição teve por base, exclusivamente, informações fornecidas pela interessada ou constantes da escrituração. As diferenças apuradas, objeto da autuação, referem-se a divergências de entendimento quanto a dispositivos da Lei nº 9.718/98, explicitadas no Termo de Intimação de 21/10/02, e demonstradas nas diversas planilhas e mapas de apuração.

Saliente-se, outrossim, que a exigência foi perfeitamente compreendida pela reclamante já que, abstraindo-se da questão meritória, a linha de defesa trazida aos autos é coerente com a autuação.

## II) Inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98:

A aplicação da alíquota de 3% não será objeto de avaliação, pelo fato de a interessada ter apresentado desistência expressa do recurso quanto a esse ponto.

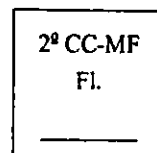
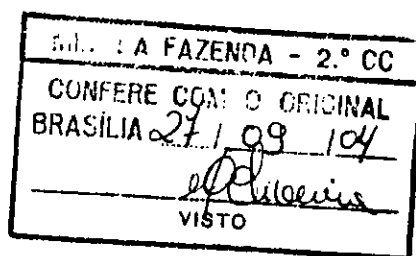
Saliente-se ainda que não procede a reclamação no sentido de que teria havido o recolhimento de valores correspondentes à diferença de alíquota, conforme documentos anexados, e tal recolhimento foi ignorado. Esses documentos (Darfs – fls. 90/100) referem-se ao período de apuração de janeiro a outubro de 2000, e os valores respectivos foram devidamente incluídos nos demonstrativos de pagamentos elaborado pela fiscalização (fls. 17/18).

Relativamente à base de cálculo da contribuição, a existência de ação judicial tratando dessa matéria impede a apreciação da mesma neste colegiado administrativo.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 18471.002691/2002-75  
Recurso nº : 124.748  
Acórdão nº : 203-09.713



A recorrente defende que essa renúncia só ocorre nas situações em que o lançamento seja anterior à propositura da ação judicial. No presente caso, conforme o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, argumenta que a ação foi proposta muito antes da lavratura do auto de infração.

O dispositivo em comento estabelece:

*Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo 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.*

A razão primordial dessas disposições está no fato de que nenhuma norma legal ou princípio processual autoriza a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Sendo assim, restringir a aplicação apenas a situações em que a autuação deu-se antes da busca da tutela jurisdicional equivaleria a estabelecer limites contrários à própria essência do dispositivo contido na lei.

O fato do *caput* do art. 38 não mencionar expressamente ações declaratórias, cautelares ou qualquer outra anterior à lavratura do auto de infração, não pode ser utilizado como argumento para defender a não aplicação do parágrafo único àquelas ações, sob pena de incorrer-se em interpretação gramatical, muitas vezes simplista e inadequada, do texto legal. No exame do exato alcance do dispositivo em comento, decidiu o STJ:

**"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.**

***Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido.*** (Recurso Especial nº 7.630-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJU de 22/04/91) (grifo nosso)

Não restam dúvidas, portanto, de que a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo implica na desistência do processo administrativo, independentemente deste ter sido formalizado antes ou depois daquela.

**III) Juros de mora pela Taxa Selic:**



Processo nº : 18471.002691/2002-75

Recurso nº : 124.748

Acórdão nº : 203-09.713

O CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto. Atribuiu-lhe poderes para disciplinar o assunto, inclusive estabelecendo a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante na lei complementar, desde que fixada em lei ordinária. Assim estabelece o parágrafo 1º do art. 161:

“Art. 161.....

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

Assim, a taxa de juros vem sendo quantificada ao longo do tempo pela legislação ordinária. A utilização da Taxa Selic como parâmetro de juros moratórios deu-se a partir de abril de 1995, determinada pelo art. 13 da Lei 9.065, de 20 de junho de 1995 e, a partir de 1997, pelo art. 61, § 3º, da Lei 9.430/96. Cabe à Administração Tributária, pelo exercício da atividade vinculada, a estrita obediência ao que dispõe a lei. Sob esse prisma, é irrelevante que o indicador agora utilizado tenha sido criado originariamente para fins remuneratórios.

Diante do exposto, voto no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004.

*Leonardo de Andrade Couto*

LEONARDO DE ANDRADE COUTO

