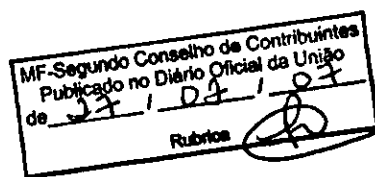




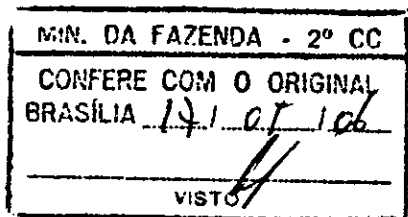
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904



Recorrente : TRANSMITA MINERAÇÃO S/A
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG



NORMAS PROCESSUAIS

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.
INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL PARA A SUSPENSÃO DE SEU CURSO. A simples interposição de ação judicial por parte do contribuinte não tem como efeito a impossibilidade de o Fisco efetuar o lançamento objetivando prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir seus créditos.

MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. AÇÃO JUDICIAL. Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não pode o órgão julgador administrativo conhecer da matéria, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. Tributos e contribuições não pagos ou pagos fora do prazo de vencimento sujeitam-se à incidência de juros de mora, ainda que os créditos tributários lançados estejam em discussão no Judiciário.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS. O recurso extraordinário interposto contra decisão proferida pelo TRF que cassou a liminar concedida em ação de mandado de segurança não possui o condão de restaurar a liminar concedida inicialmente e cassada pela decisão recorrida.

MULTA DE OFÍCIO. Na constituição de crédito tributário cuja exigibilidade não esteja suspensa nos termos da lei cabe a aplicação da multa de ofício.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TRANSMITA MINERAÇÃO S/A.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

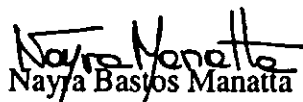
MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 17.05.06
_____ S.T.

2ª CC-MF
Fl.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006.

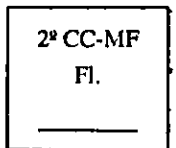
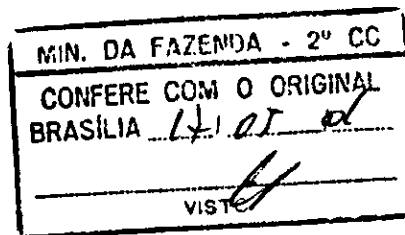

Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Gustavo de Freitas Cavalcanti Costa (Suplente) e Adriene Maria de Miranda. 



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

Recorrente : TRANSMITA MINERAÇÃO S/A

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração objetivando a cobrança da Cofins relativa aos períodos de fevereiro a junho/99. A fiscalização informa que a empresa impetrou mandado de segurança preventivo com pedido de liminar questionando as alterações introduzidas pela Lei nº 9718/98 na alíquota da contribuição. Efetuou depósitos judiciais iguais aos valores declarados em DCTF, que correspondem à alteração da base de cálculo da Cofins introduzida pela lei questionada, sem, entretanto declarar ou depositar judicialmente a diferença da exação devida pela majoração da alíquota constante da citada lei. A diferença de alíquota (2% LC 70/91 para 3% Lei nº 9718/98) é que está a ser exigida no presente lançamento.

A segurança foi denegada e transcorridos mais de 30 dias da decisão judicial sem que houvesse sido efetuado o recolhimento da Cofins objeto deste lançamento ou efetuados depósitos judiciais deste montante lavrou-se o Auto de Infração da diferença apurada entre a contribuição devida (alíquota de 3%) e a depositada judicialmente e declarada em DCTF (alíquota de 2%).

A contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa:

- 1 nulidade do auto de infração pois apesar de cassada a sentença que lhe concedia a segurança apresentou recurso extraordinário cujo desfecho ainda não foi dado, o que suspende a exigibilidade do crédito tributário hora constituído;
- 2 cita art. 63 da Lei nº 9430/96 e art. 151, inciso IV do CTN que prevêm a não imposição de penalidade no caso de lançamento de crédito tributário com a exigibilidade suspensa em virtude de concessão de liminar em Mandado de Segurança, ressaltando, ainda, que após o trânsito em julgado da ação, caso saia perdedora, possui 30 dias para recolher os valores devidos;
- 3 inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 9718/98 que estabeleceu situações diferenciadas entre contribuintes, acabando por privilegiar os que operam com margem de lucro elevada;
- 4 o reconhecimento da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do citado art. 8º da Lei nº 9718/98 acaba por afetar a majoração da alíquota prevista no seu *caput*;
- 5 invoca a violação do princípio da anterioridade nonagesimal não observado pela Lei nº 9718/98, porquanto determinou seus efeitos a partir de fevereiro/99; e
- 6 inconstitucionalidade da majoração da alíquota da Cofins.

A DRJ em Belo Horizonte - MG manifestou-se no sentido de não conhecer da matéria em discussão no Judiciário - majoração da alíquota da Cofins introduzida pela Lei nº 9718/98, e, em relação à matéria conhecida, julgou procedente o lançamento.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 18/10/04
VISTO <i>[assinatura]</i>

2ª CC-MF
Fl.

Cientificada do teor da decisão em 18/10/04 a contribuinte apresentou recurso voluntário em 17/11/04 alegando em sua defesa as mesmas razões da inicial.

Foi efetuado arrolamento de bens segundo informação de fl. 161.

É o relatório.

[assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 17/05/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA**

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Primeiramente é de se analisar a preliminar de nulidade argüida pela recorrente.

O fato de a recorrente ter ingressado com ação judicial de mandado de segurança com pedido de concessão de liminar preventiva não tem o condão de impedir a constituição de crédito tributário devido com base na legislação de vigência e não declarado ou pago ou depositado judicialmente. Tal lançamento, como é cediço de todos tem a função de prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário, ainda que fique sobrestada a sua cobrança até a decisão judicial definitiva sobre a matéria questionada naquele Poder.

Independente de se considerar suspensão ou não a exigibilidade do crédito tributário objeto do lançamento, não tendo sido ele declarado ou pago, deveria o Fisco constituir-lo por meio de Auto de Infração com o objetivo de prevenir a decadência. Ressalte-se que nem mesmo o depósito judicial do montante integral da exação tem o condão de impedir a constituição do crédito tributário com o fito de prevenir a decadência, ainda que, nesta hipótese, a sua exigibilidade esteja suspensa em virtude dos depósitos judiciais.

No caso em concreto releva observar que os depósitos judiciais efetuados foram feitos considerando a alteração da base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9718/98, mas não observaram a alteração da alíquota pela referida lei. Exatamente esta diferença de alteração de alíquota é que está sendo exigida por meio deste Auto de Infração. Ou seja, os depósitos judiciais efetuados pela recorrente não possuem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário ora constituído.

Assim sendo, é de se rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela contribuinte.

No que diz respeito à matéria versando sobre a majoração da alíquota da Cofins pela Lei nº 9718/98 é de se observar que tal matéria está em discussão no Judiciário, não cabendo sua análise por parte da autoridade julgadora administrativa, pois o Poder Judiciário é quem dirá o direito de forma definitiva.

Existindo ação judicial tratando da matéria ora em litígio é de se concluir pela concomitância entre as ações administrativas e judiciais.

Em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, somente a ele é conferida a capacidade de examiná-las, de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

104 11



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 14/10/98
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Em razão disso, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Ademais, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como comprova o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim. (Grifos do original).

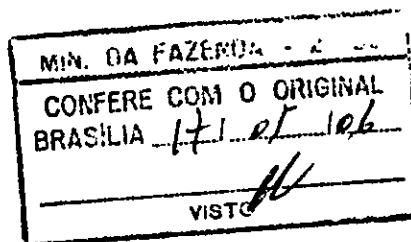
Cabe ainda citar o Parecer PGFN n.º 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

29. Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN n. 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos n. 02-02.098, de 13.12.98, 01-02.127, de 17.3.97, e 03-03.029, de 12.4.99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 2.6.98, 101-92.190, de 15.7.98, 103-18.091, de 14.11.96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente arguição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular.

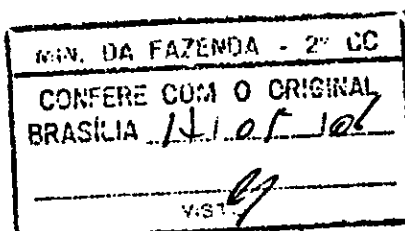
30. Voltando ao tema do procedimento a adotar nos casos enunciados no item 28, preliminarmente anotamos que não nos parece existir qualquer distinção entre a ocorrência destas situações antes ou após o trânsito em julgado da decisão judicial menos favorável ao contribuinte, pois sendo a decisão administrativa imediatamente executável e mandatória à administração (art. 42, inciso II, do Decreto n. 70.235/72) – enquanto a decisão judicial será apenas declaratória dos interesses da Fazenda Nacional –, a situação de impasse se instalará qualquer que seja a posição processual do trâmite judicial.

31. No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela deduzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União; em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições.

32. Naquelas ocorrências onde estas cautelas não são possíveis ou não atingem os efeitos almejados, temos que analisar o tema sobre duas óticas diversas: o primeiro, da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário; o segundo, da revisibilidade da decisão administrativa e dos procedimentos à realização deste intento.

33. Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do iudicium, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!). É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo.

134 H



Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

34. *Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto n. 70.235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições tout court) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso.*

Dessa forma, estando a matéria acerca da inconstitucionalidade da alteração da alíquota da Cofins introduzida pela Lei nº 9.718/98 em discussão na esfera judicial, que tem a competência para dizer o direito em última instância, tem-se como afastada a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa, como bem decidiu a DRJ em Belo Horizonte - MG.

Quanto aos aspectos argüidos sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9718/98 relativos à isonomia, anterioridade nonagesimal, ilegalidade, capacidade contributiva, confisco, arbitrariedade, hierarquia das leis, etc, é de se verificar que todas estas questões dizem respeito à constitucionalidade da norma legal.

Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Carta Magna.

Corroborando essa orientação, cabe lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70), que cita o seguinte ensinamento do Mestre Ruy Barbosa Nogueira:

Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do "Poder Executivo"

Esse parecer também se arrimou em Tito Resende:

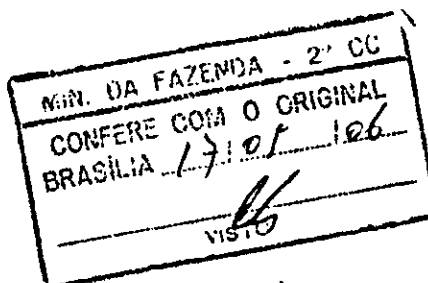
É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão.

BY H



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904



2ª CC-MF
Fl.

Ainda sobre o tema, o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em processo de Consulta, assim dispôs:

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 aprovação 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 sequencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e 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 Legislativos 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, § 1º e 103, I, d VI).

Diante do exposto, seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema, como bem frisou a DRJ- Belo Horizonte - MG.

A apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba a sua competência originária, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal.

O Estado brasileiro assenta-se sobre o tripé dos três Poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário. No seu Título IV, a Carta Magna de 1988 trata da organização destes três Poderes, estabelecendo sua estrutura básica e as respectivas competências.

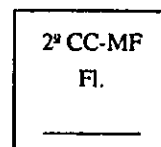
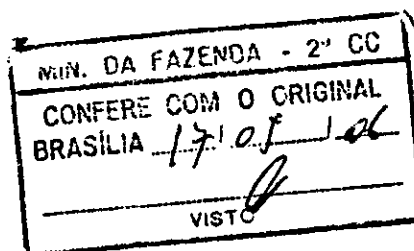
No Capítulo III deste Título trata especialmente do Poder Judiciário, estabelecendo sua competência, que seria a de dizer o direito. Especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas observa-se que o legislador constitucional teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Atribui, o constituinte, esta competência exclusivamente ao Poder Judiciário, e, em particular ao Supremo Tribunal Federal, que se pronunciará de maneira definitiva sobre a constitucionalidade das leis.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, para que uma norma seja declarada, de maneira definitiva, inconstitucional, é preciso que seja apreciada pelo seu pleno, e não apenas

BY A



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

por suas turmas comuns. Ou seja, garante-se a manifestação da maioria absoluta dos representantes do órgão Máximo do Poder Judiciário na análise da constitucionalidade das normas jurídicas, tal é a importância desta matéria.

Toda esta preocupação por parte do legislador constituinte objetivou não permitir que a incoerência de se ter uma lei declarada inconstitucional por determinado Tribunal, e por outro não. Resguardou-se, desta forma, a competência para manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, de maneira definitiva, à instância superior do Judiciário, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos apreciassem a constitucionalidade de lei seria infringir disposto da própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder definida no texto constitucional.

O professor Hugo de Brito Machado *in* "Mandado de Segurança em Matéria Tributária", Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.

Por ocasião da realização do 24º Simpósio Nacional de Direito Tributário, o ilustre professor, mais uma vez, manifestou acerca desta árdua questão afirmando que a autoridade administrativa tem o dever de aplicar a lei que não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, devendo, entretanto, deixar de aplicá-la, sob pena de responder pelos danos porventura daí decorrentes, apenas se a inconstitucionalidade da norma já tiver sido declarada pelo STF, em sede de controle concentrado, ou cuja vigência já houver sido suspensa pelo Senado Federal, em face de decisão definitiva em sede de controle difuso.

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

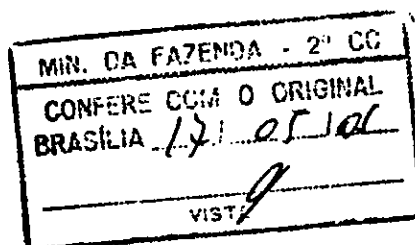
Como da decisão definitiva proferida na esfera administrativa não pode o Estado recorrer ao Judiciário, uma vez ocorrida a situação retrocitada, estar-se-ia dispensando o pagamento de tributo indevidamente, o que corresponde a crime de responsabilidade funcional, podendo o infrator responder pelos danos causados pelo seu ato.

No que diz respeito à aplicação da multa de ofício na constituição do crédito tributário em litígio, é de se observar que quando da lavratura do auto de infração a liminar concedida inicialmente a favor da recorrente havia sido cassada em grau de apelação.

BY



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

A contribuinte interpôs recurso extraordinário, o que segundo ela, teria o condão de revigorar, restaurar a liminar concedida inicialmente e posteriormente cassada pela decisão que está sendo objeto do referido recurso extraordinário.

O §2º do art. 542 do CPC determina que os recursos extraordinários e especiais serão recebidos com efeito devolutivo.

O efeito devolutivo tem o condão de devolver toda a matéria tratada no acórdão recorrido para apreciação dos tribunais superiores. Todavia, este tipo de recurso não possui efeito suspensivo, qual seja, o de suspender a execução do Acórdão recorrido até o julgamento do recurso interposto.

O acórdão recorrido permanece, portanto, válido, eficaz e vigente até que lhe sobreponha a decisão do recurso extraordinário interposto, seja para confirmá-lo ou para reformá-lo.

Apenas os atos processuais com efeitos suspensivos têm o condão de restaurar a decisão reformada por outra que é objeto do referido ato processual, o que não é o caso do recurso extraordinário interposto contra decisão proferida pelo TRF.

Assim sendo, a liminar anteriormente concedida à recorrente tendo sido cassada por decisão do TRF da 1ª Região (fls. 76/85) não teve seus efeitos restaurados pela interposição de recurso extraordinário pela autora contra a decisão que a cassou.

Desta forma, não estando ao amparo de liminar em virtude da decisão proferida pelo TRF da 1ª Região o crédito tributário hora constituído não se encontrava com a exigibilidade suspensa nos termos do art. 151, inciso IV do CTN e art. 63 da Lei nº 9430/96.

O efeito da decisão proferida pelo TRF da 1ª Região foi permitir que na constituição do crédito tributário em questão fosse aplicada a multa de ofício prevista em lei, já que transcorridos mais de 30 dias da decisão que cassou a liminar sem que a contribuinte tivesse pago ou depositado judicialmente os valores devidos, com a incidência da multa moratória.

A multa de ofício está prevista no art. 44 da Lei nº 9430/96, pelo que deveria ter sido aplicada ao caso em concreto pela fiscalização, como de fato o foi, por expressa determinação legal.

No que tange à aplicação dos juros de mora sobre os valores lançados, é de se observar que a exigência dos juros moratórios decorre de lei e a indenização da mora. Os juros de mora são calculados sobre o tributo não pago, a título de ressarcir o Estado pela não disponibilidade do dinheiro, representado pelo crédito tributário.

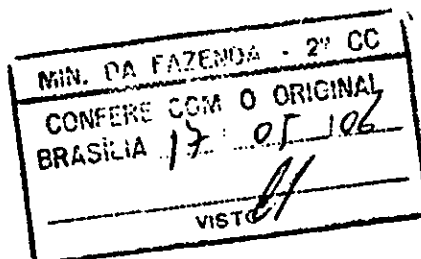
No Código Tributário Nacional existe apenas duas hipóteses contempladas em que a fluência dos juros de mora fica excluída: na pendência de consulta formulada pelo interessado (art. 161, § 2º) e quando a falta de pagamento de tributo é devida à observância, pelo contribuinte, de normas complementares da legislação tributária (art. 100, parágrafo único). Nos dois casos, saliente-se, a causa da mora é imputável à autoridade administrativa, daí porque inexigível na espécie.

Em rigor, a natureza dos juros de mora, juros legais que se deve *ex vi legis*, visa reparar o dano pelo atraso no adimplemento da obrigação, variando em função do tempo

184/4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.013998/2002-24
Recurso nº : 128.496
Acórdão nº : 204-00.904

transcorrido entre a data do vencimento do crédito e a data da sua extinção. A fluência dos juros de mora, portanto, deve ser a partir da data do vencimento da obrigação tributária.

A exigência de juros de mora, em acréscimo aos créditos tributários não saldados no vencimento, é regulada justamente pelo artigo 161 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), com *status* de lei complementar, que assim 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 garantias 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(...).

Vale a pena transcrever os ensinamentos do prof. Leon Frejda Szklarouwsky (apud Bernardo Ribeiro de Moraes, *Compêndio de Direito Tributário*, 3ª Edição, Forense, pág. 583):

na aplicação dos juros de mora mister se faz lembrar a distinção entre vencimento da dívida e exigibilidade da mesma. O vencimento do crédito tributário tem seu momento certo e dele se deve os juros de mora. Há hipóteses em que o crédito tributário, mesmo vencido, apresenta-se ainda inexigível (v.g. casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário), que não tem o condão de suprimir o pagamento do crédito tributário com os seus acréscimos legais, inclusive com o valor dos juros de mora. Em outras palavras, os juros de mora são devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança (exigibilidade) esteja suspensa.

Ademais, na forma da legislação em vigor, os juros de mora são devidos inclusive durante o período em que a respectiva cobrança estiver suspensa por decisão administrativa ou judicial (art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979) e, portanto, os juros de mora são sempre devidos desde o vencimento da obrigação.

Diante do exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006.

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA //