



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : PEPSI-COLA ENGARRAFADORA LTDA. (Incorporadora de PCE Bebidas Ltda.)
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

MIN. DA FAZENDA - 2º CC

CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 27/12/05

Manoela
VISTO

NULIDADE. As nulidades absolutas limitam-se aos atos com vícios por incapacidade do agente ou que ocasionem cerceamento do direito de defesa.

Preliminar rejeitada.

CONCOMITÂNCIA NA ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece do recurso, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política.

Recurso não conhecido.

PERÍCIA. DILIGÊNCIA. Poderá a autoridade julgadora denegar pedido de diligencia ou perícia quando entendê-las desnecessária ou julgamento do mérito, sem que isto ocasione cerceamento de direito de defesa.

DECADÊNCIA. O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo à Cofins é de dez anos.

INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL PARA A SUSPENSÃO DE SEU CURSO. A simples interposição de ação judicial por parte do contribuinte não tem como efeito imediato a suspensão do curso do procedimento administrativo. O que é passível de suspensão é a exigibilidade do crédito tributário, nas hipóteses expressamente indicadas no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PEPSI-COLA ENGARRAFADORA LTDA. Incorporadora de PCE Bebidas Ltda.).

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; II) em não conhecer do recurso, quanto a matéria objeto de ação judicial; e III) em negar provimento ao recurso, na parte conhecida.

Sala das Sessões, em 07 de dezembro de 2005.

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres
Presidente
Nayra Bastos Manatta
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, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

N.º N. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/03/06
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : PEPSI-COLA ENGARRAFADORA LTDA. (Incorporadora de PCE Bebidas Ltda.)

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, resultante de auditoria interna de DCTF, objetivando a cobrança da multa isolada de 75% por ter a contribuinte recolhido com atraso a Cofins relativa aos períodos de apuração de abril a setembro/97, sem o acréscimo da multa de mora.

Irresignada a contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa, em síntese:

1. em relação às competências de abril a junho/97 operou-se a decadência conforme disposto no art. 150,§4º do CTN;
2. não lhe foi dado conhecimento do inicio do processo de fiscalização, nem se permitiu que a empresa se pronunciasse nesta fase, o que fere o princípio da ampla defesa;
3. o fiscal deveria ter verificado a veracidade dos dados informados pela impugnante, juntamente com o andamento do processo judicial, para só após, se verificada alguma irregularidade proceder a autuação;
4. ajuizou ação declaratória nº 98.38.00.039185-5 com o objetivo de ver reconhecido o instituto da denuncia espontânea, tendo sido proferida sentença para “declarar a inexistência de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento da multa moratória”;
5. o processo judicial interposto tem o condão de impedir o lançamento já que a matéria (cabimento da multa de mora) está em discussão no Judiciário, motivo pelo qual há de se esperar a decisão judicial definitiva para se decidir sobre o presente lançamento; e
6. pede perícia para que se apure a veracidade dos fatos.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se no sentido de afastar as preliminares de nulidade, rejeitar a perícia solicitada e, no mérito, afastar a decadência e manter a autuação sob o argumento de que no Judiciário se está a discutir a multa de mora em denuncia espontânea e o presente lançamento diz respeito à multa de ofício por falta de recolhimento da multa de mora em pagamento feito a destempo – matérias diversas, portanto.

A recorrente foi cientificada em 04/02/05 e interpôs, em 04/03/05, recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes alegando em sua defesa razões idênticas às apresentadas na fase impugnatória.

Consta do processo, fl. 165 que a recorrente apresentou arrolamento de bens como requisito para seguimento do recurso voluntário interposto.

É o relatório.

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/03/06
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 cabe a análise acerca da nulidade requerida pela recorrente.

As regras sobre nulidades, no Decreto nº 70.235, de 1972, estão contidas basicamente em três artigos, e muito se assemelham às contidas no vigente Código de Processo Civil. São as seguintes as normas em comento:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§1º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§2º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§3º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

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.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Da análise dos dispositivos, depreende-se que as nulidades absolutas cingem-se aos atos com vícios por incapacidade do agente ou que ocasionem cerceamento do direito de defesa. De outra sorte, é de se aplicar o princípio da salvabilidade do processo - artigo 60 - por medida de economia processual e, por conseguinte, com vantagem ao Erário e à contribuinte.

Em relação ao argumento de que não foi notificada do início da ação fiscal, é de se observar que efetivamente não houve ação de fiscalização, mas sim auditoria interna para revisão e conferência de declaração (DCTF) apresentada pela própria contribuinte.

Os dois procedimentos são diversos. No primeiro efetivamente ocorre uma ação fiscal na qual os livros e registros contábeis da empresa são examinados, apura-se base de cálculo, valores a pagar a título dos tributos administrados pela SRF, os valores recolhidos e se for o caso efetua-se o lançamento de ofício dos valores devidos e não recolhidos ou declarados. Neste caso, sim, é necessário que o contribuinte seja cientificado do início da ação fiscal.

No segundo caso não ocorre uma ação fiscal, apenas a conferência dos dados informados pelo contribuinte em suas declarações, no caso em análise, a DCTF. Nesta hipótese não há análise da contabilidade do contribuinte, dos seus livros fiscais, nem se verifica se a base

13M 11



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/03/06
VISTO

2º CC-MF
FI.

de cálculo informada e os valores indicados a título do tributo em questão correspondem à realidade fática da empresa. Apenas se verifica se os valores informados como pagos efetivamente o foram, se os informados como com a exigibilidade suspensa efetivamente estão nesta condição, se as compensações informadas estão corretas, se os processos judiciais indicados são legítimos, etc. Enfim, só há conferência de dados informados, mas não há o processo investigatório inerente à ação fiscal, daí o porquê de ser desnecessário a cientificação do contribuinte. Se os valores informados na DCTF, em qualquer outra rubrica que não “valores devidos”, forem considerados como não objeto da situação indicada pelo declarante serão objeto de lançamento, formalizado por meio de Auto de Infração ou Notificação Eletrônica.

Quanto ao direito de defesa observe-se que foi assegurado ao recorrente na medida que o Auto de Infração lavrado seguiu os ritos do PAF, que prevê defesa do sujeito passivo na fase impugnatória e recursal, o que foi atendido, tanto que se está a analisar, neste julgamento o recurso voluntário interposto pela contribuinte no qual constam suas razões de defesa.

Quanto ao pedido de perícia denegado pela DRJ em Belo Horizonte - MG é preciso ressaltar, primeiramente que o deferimento de perícia solicitada pela contribuinte é ato discricionário da autoridade julgadora que poderá indeferí-la por considerá-la desnecessária ou prescindível, já que no processo constam todos os elementos necessários para a formação da sua livre convicção de julgador, conforme o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72 (PAF), a seguir transcrito:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entender-las necessárias, indeferido as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93).

Verifica-se, ainda, que todas as circunstâncias que envolveram o lançamento estão corretamente descritas no Auto de Infração e nas documentações que sustentam o lançamento, não havendo qualquer cerceamento do direito de defesa da contribuinte, nem o porqué de ser acatada a perícia.

Assim sendo é de se rejeitar a preliminar de nulidade.

Em relação à decadência do direito de constituir o crédito da Cofins, tem-se que seu prazo é de 10 anos, e não 5 anos, como alegou a impugnante. Observemos, o art. 150, §4º do CTN, que assim dispõe:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

134 // 4



MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/08/06
VISTO

2º CC-MF
FI.

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

Como se verifica, a norma do CTN estipula regra geral de prazo à homologação, deixando facultado à lei a prerrogativa de estipular, de modo específico, prazo diverso para a ocorrência da extinção do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito.

A Cofins é contribuição destinada a financiar a Seguridade Social, nos termos do art. 195, inciso I da Constituição Federal, sendo-lhe aplicáveis, portanto, as normas específicas da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991 e republicada em 11/04/1996, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, e cujo art. 45 prevê:

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; (...)

Desta forma, quando da lavratura do Auto de Infração em tela (17/05/2002), ainda não decaíra o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento relativo aos períodos de abril a junho/97 uma vez que a Peça Infracional foi lavrada antes de transcorridos os dez anos previstos na lei.

Vale ressaltar aqui que a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes, a larga maioria votou pelo reconhecimento do prazo decenal para a Cofins.

Verifica-se que idêntico posicionamento foi adotado pela Segunda Turma do STJ quando do julgamento do RESP 475559/SC, datado de 17/11/2003, tratando de contribuições previdenciárias, cuja ementa encontra-se assim transcrita:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

PREScriÇÃO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

CF/88 E LEI N° 8.212/91.

1. A Constituição Federal de 1988 tornou indiscutível a natureza tributária das contribuições para a seguridade. A prescrição e decadência passaram a ser regidas pelo CTN cinco anos e, após o advento da Lei nº 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal.

2. In casu, o débito relativo a parcelas não recolhidas pelo contribuinte referentes aos anos de 1989, 1990 e 1991, sendo a notificação fiscal datada de 07.04.97, acha-se atingido pela decadência, salvo quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de

25 de julho de 1991, quando entrou em vigor o prazo decenal para a constituição do crédito previdenciário, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

3. Recurso Especial parcialmente provido.

No que diz respeito à matéria principal: incidência da multa de mora em recolhimentos feitos a destempo, mas declarados em DCTF, é de se observar que esta é a matéria objeto da Ação Declaratória tombada sob nº 199838000391855, interposta pela recorrente junto ao Judiciário.

NDM



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/03/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Dos documentos acostados aos autos, fls. 57/89, verifica-se que o pedido da autora é justamente a declaração por parte do Judiciário da “*inexistência de relação jurídica-tributaria que obrigue a Autora ao recolhimento das penalidades decorrentes dos pagamentos realizados em atraso, constantes nos autos, assegurando-se-lhe o direito à exclusão das multas que quer a Ré sejam impostas, reconhecendo-se, em contrapartida, ter operado, na espécie, o instituto da denuncia espontânea, conforme preceituado pelo art. 138 do Código Tributário Nacional*”.

Dentre os períodos cujo recolhimento da Cofins foi efetuado com atraso sem o pagamento da multa de mora, estão exatamente os objeto deste lançamento (fls. 58).

Por sua vez a Sentença proferida nos autos do processo judicial tem o seguinte comando:

... julgo procedente o pedido formulado por PCE Bebidas Ltda para declarar a inexistencia de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento de multa moratória a incidir sobre os tributos recolhidos, conforme consta dos autos, em razão da aplicação do instituto da denuncia espontânea.

Conclui-se, pois que a matéria sobre a qual se efetuou no lançamento da multa de ofício isolada foi o não recolhimento da multa de mora em pagamentos efetuados em atraso. Da análise dos documentos acima mencionados que dizem respeito à ação judicial interposta pela recorrente, conclui-se que a matéria – incidência da multa de mora em recolhimentos feitos a destempo, está em discussão no Judiciário.

Existindo ação judicial tratando da matéria ora em litígio é de se concluir pela concorrência 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.

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:

134 // 6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

MIN. DA FAZENDA - 2 ^a CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/03/06
VISTO

2^a CC-MF
Fl.

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 administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente argüição 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. Nesses 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.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

M.N. DA FAZENDA - 2º CG
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/03/00
VISTO

2º CC-MF
Fl.

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 judicium, 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.

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.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13603.001314/2002-52
Recurso nº : 129.399
Acórdão nº : 204-00.886

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 21/08/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Dessa forma, uma vez que o presente litígio versa sobre a matéria que está em discussão na esfera judicial, que tem a competência para dizer o direito em última instância, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa, não se deve conhecer da matéria objeto de ação judicial interposta pela contribuinte.

Todavia, a existência de ação judicial não impede o lançamento por parte do Fisco. No caso em tela, a decisão que existia a favor da recorrente ainda não havia transitado em julgado, podendo, inclusive vir a ser alterada no curso do processo judicial em questão.

Por outro lado, o pagamento foi feito a destempo, sem a incidência da multa de mora. Cabia ao Fisco lançar a multa isolada compatível com tal infração, conforme previsto na norma impositiva, face à inexistência de coisa julgada definitivamente a favor da recorrente na esfera judicial.

No caso em análise, nenhum direito foi reconhecido definitivamente pelo Judiciário à recorrente podendo o Fisco lançar de ofício o tributo não recolhido na forma da lei.

Convém lembrar que "a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional." (art. 142, parágrafo único, do CTN).

Dessa forma, diante da constatação da falta de recolhimento da multa de mora em pagamento feito em atraso, não restou à autoridade fiscal, vinculada ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), outra alternativa, senão efetuar o lançamento de ofício da multa isolada.

Assim sendo, estando a situação fática apresentada perfeitamente tipificada e enquadrada no art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96, que a insere no campo das infrações tributárias, outro não poderia ser o procedimento da fiscalização, senão o de aplicar a penalidade a ela correspondente, definida e especificada na lei.

Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

Ressalte-se aqui que a sorte do presente lançamento está intimamente vinculada à sorte do Processo Judicial nº 199838000391855, uma vez que se decidido por aquele Poder o não cabimento da multa de mora nos pagamentos efetuados em atraso, sob o amparo da denúncia espontânea, não haverá de prosperar o crédito tributário objeto do lançamento aqui em análise.

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade, afastar a decadência, não conhecer da matéria em discussão no Judiciário – incidência de multa moratória nos recolhimentos feitos a destempo, e negar provimento ao recurso, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 07 de dezembro de 2005.

NAYRA BASTOS MANATTA //