



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 15/1/04
VISTO

2ª CC-MF
Fl. _____

Recorrente : COOPERATIVA DE CONSUMO DOS MORADORES DA REGIÃO DOS INCONFIDENTES LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

03 ORIGINAL
VISTO

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.

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

PERÍCIA. DILIGÊNCIA.

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

COFINS. CONCOMITÂNCIA NAS ESFERAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA.

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

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 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.

MULTA DE OFÍCIO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS SEM A EXIGIBILIDADE SUSPensa.

Há de ser aplicada multa de ofício em relação a créditos tributários cuja exigibilidade não tenha sido suspensa, nos termos da lei.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

Tributos e contribuições não pagos ou pagos fora do prazo de vencimento sujeitam-se à incidência de juros de mora.

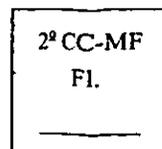
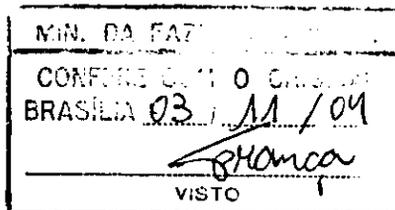
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
COOPERATIVA DE CONSUMO DOS MORADORES DA REGIÃO DOS INCONFIDENTES LTDA.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721



ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2004

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Maranhã
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Jorge Freire, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Adriene Maria de Miranda (Suplente).
Ausente, justificadamente, nesse dia, o Conselheiro Raimar da Silva Aguiar.

cl/opr



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721

MIN. DA FAZ.
C. M. F. N.º 03 M 04
BRASÍLIA
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : COOPERATIVA DE CONSUMO DOS MORADORES DA REGIÃO DOS INCONFIDENTES LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração objetivando a cobrança da COFINS relativa aos períodos de apuração de janeiro/98 a dezembro/2001 por não ter a contribuinte recolhido, nem declarado em DCTF a contribuição devida.

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

1. sendo cooperativa de consumo não auferir lucros para si e, por isto mesmo, está discutindo no Judiciário a exigibilidade dos impostos e contribuições, inclusive a COFINS, nas operações de vendas aos seus cooperados;
2. inútil a discussão na via administrativa de matéria que está em discussão no Judiciário, razão pela qual pede a suspensão do lançamento até que seja proferida decisão judicial definitiva;
3. a autuação não pode prevalecer uma vez que não faz ressalva aos valores decorrentes do ato cooperativo e exige multa e juros de mora;
4. os atos que pratica são atos cooperativos puros e não atos de consumo, não podendo, portanto, serem tributados;
5. a Lei nº 9.532/97 não traz qualquer requisito para criar hipótese de incidência tributária em face das cooperativas;
6. o tratamento igualitário instituído pelo art. 69 da Lei nº 9.532/97 é flagrantemente inconstitucional;
7. os valores cobrados a título de juros e multa tem caráter confiscatório;
8. incabível cobrança de penalidade de caráter confiscatório uma vez que o lançamento de ofício não decorreu de omissão de má-fé por parte da impugnante, transcrevendo jurisprudência tratando da matéria;
9. requer perícia para que seja apurado que todos os atos praticados são cooperativos.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/BHE nº 5.216, de 26/01/2004, fls. 492/499, indeferindo a perícia, declarando definitiva a exigência da COFINS na esfera administrativa uma vez que a matéria está em discussão no Judiciário e julgando procedente o lançamento correspondente à multa e aos juros de mora.

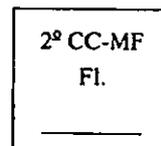
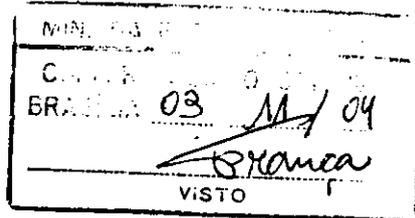
A recorrente interpôs, em 08/03/2004, recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 509/515, alegando em sua defesa razões idênticas às apresentadas na fase

//



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721



impugnatória, acrescentando outras acerca da nulidade da decisão recorrida por ter indeferido a perícia solicitada, ocasionando cerceamento de direito de defesa.

Consta do processo, fls. 516/519, relação de bens e direitos para arrolamento, oferecido pela recorrente como requisito para seguimento do recurso voluntário interposto.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721

MIN. DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
BRASILIA 03/11/04
<i>Manatta</i>
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.

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 indeferir-la por considerá-la desnecessária ou



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721

MIN. DA FAZENDA
COM. DE CONTRIB. E DEF. DO CONTRIBUÍDO
BRASIL 03 M/04
R. Honca
VISTO

2º CC-MF
Fl.

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 entendê-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).”

Além disto, como bem frisou a autoridade julgadora de primeira instância, a perícia solicitada pela contribuinte não alteraria em absoluto a solução do litígio já que a matéria principal está em discussão no Judiciário.

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 porquê de ser acatada a perícia.

Assim sendo é de se rejeitar a preliminar de nulidade.

A matéria principal que está a ser discutida no presente processo é a incidência da COFINS sobre todas as receitas auferidas pelas cooperativas de consumo, inclusive aquelas decorrentes dos atos cooperados, segundo o disposto no art. 69 da Lei nº 9.532/97. Ocorre que conforme se depreende dos documentos de fls. 63/138, a matéria em questão encontra-se em discussão no Judiciário por meio do Mandado de Segurança nº 1998.38.00.009428-8, interposto pela contribuinte, em cuja petição inicial consta:

“Face ao exposto, pedem seja concedida a segurança para reconhecer o direito das impetrantes de não recolherem os impostos e contribuições federais, com base no art. 69 da Lei nº 9.532/97, como o Imposto de Renda, a contribuição social sobre o lucro, a contribuição ao PIS e o COFINS, incidentes sobre os atos cooperativos, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade do mencionado artigo, determinando-se aos impetrados que se abstenham de exigir os referidos tributos.”

Não resta, pois, dúvida de que a incidência da COFINS sobre os atos cooperados praticados pelas cooperativas de consumo está sendo discutida no Judiciário.

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

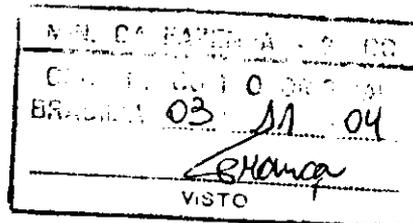
Em razão do princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de 1988, a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, e o julgamento em processo administrativo passa a não mais fazer sentido, em havendo ação judicial tratando da mesma matéria, uma vez que, se todas as questões

A



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721



2º CC-MF
Fl.

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:

"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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721

MIN. DA FAZ.	3
CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
BRASILIA	03 11 04
<i>[Assinatura]</i>	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

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. 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721

MIN. DA F. N. 2.º C.
COM. DE O. CRIS. IV
BRAS. 03 M/04
<i>Skomca</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

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.

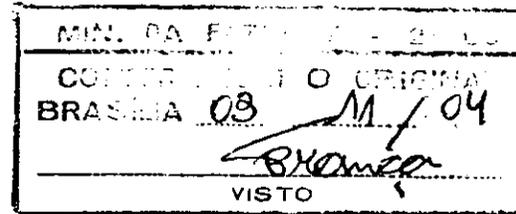
34. Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade 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.”

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, como bem decidiu a instância a quo.

Todavia, a existência de ação judicial não impede o lançamento por parte do Fisco. No caso em tela, foi denegada a segurança, conforme sentença de fls. 80/88, negado provimento ao recurso de apelação e negado provimento aos embargos interpostos pela



Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721



2º CC-MF
Fl.

recorrente (fl. 92). Ou seja, até a data de constituição do crédito tributário pela Fazenda Nacional não havia qualquer provimento jurisdicional que amparasse o procedimento adotado pela recorrente de não recolher nem declarar a COFINS devida.

Neste caso, nenhum direito foi reconhecido 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, não restou à autoridade fiscal, vinculada ao princípio da legalidade (art. 37, "caput", da CF/88), outra alternativa, senão efetuar o lançamento de ofício.

Quanto à aplicação da multa de ofício ao lançamento é de se observar que o art. 63 da Lei nº 9.430/96 apenas afasta a sua aplicação nos casos específicos de suspensão da exigibilidade do crédito por concessão de medida liminar ou antecipação de tutela concedida pelo Judiciário.

No caso em concreto, a liminar foi indeferida e todos os provimentos jurisdicionais concedidos foram contrários ao pleito da recorrente. Assim sendo, não há qualquer empecilho à aplicação da multa de ofício ao lançamento.

Cumprido, a esse passo, afastar também o argumento de que houve confisco, em virtude da aplicação, pela Auditoria-Fiscal, da penalidade de 75% da contribuição. A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades. E a penalidade de 75% da contribuição, para aquele que infringe norma legal tributária, não pode ser entendida como confisco.

O não recolhimento da contribuição (base da autuação ora em comento) caracteriza uma infração à ordem jurídica. A inobservância da norma jurídica importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é conseqüente.

Ressalte-se que em nosso sistema jurídico as leis gozam da presunção de constitucionalidade, sendo impróprio acusar de confiscatória a sanção em exame, quando é sabido que, nas limitações ao poder de tributar, o que a Constituição veda é a utilização de tributo com efeito de confisco. Esta limitação não se aplica às sanções, que atingem tão-somente os autores de infrações tributárias plenamente caracterizadas, e não a totalidade dos contribuintes.

A seu turno, o Código Tributário Nacional autoriza o lançamento de ofício no inciso V do art. 149, *litteris*:

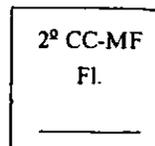
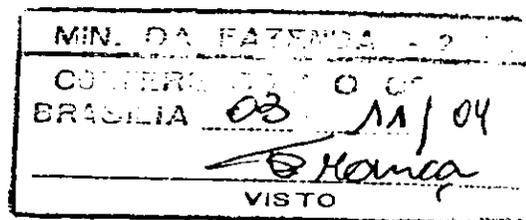
"Art. 149. O lançamento é efetivado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721



V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte."

O artigo seguinte - 150 - citado ao término do inciso V acima transcrito, trata do lançamento por homologação. A não antecipação do pagamento, prevista no *caput* deste artigo, caracteriza a omissão prevista no inciso citado, o que autoriza o lançamento de ofício, com aplicação da multa de ofício.

A competência da administração resume-se em verificar o cumprimento das leis vigentes no ordenamento jurídico, exigindo o seu cumprimento quando violadas, como é o caso vertente.

Assim sendo, estando a situação fática apresentada perfeitamente tipificada e enquadrada no art. 44 da Lei nº 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;"

No que tange à incidência dos juros de mora no lançamento 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.

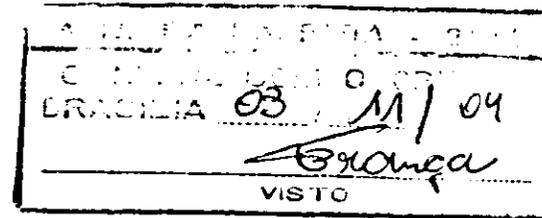
No Código Tributário Nacional existem apenas duas hipóteses contempladas em que a fluência dos juros de mora fica excluída: na pendência de consulta formulada pelo interessado (art. 161, § 2º) e quando a falta de pagamento de tributo é devida à observância, pelo contribuinte, de normas complementares 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 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:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13606.000156/2002-93
Recurso nº : 126.149
Acórdão nº : 202-15.721

"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, ainda que a cobrança esteja suspensa por decisão administrativa ou judicial (art. 5º do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979), o que não é o caso. Portanto, os juros de mora são sempre devidos desde o vencimento da obrigação.

Verifica-se que os percentuais dos juros moratórios e da multa de ofício aplicados ao lançamento foram exatamente aqueles previstos na legislação de vigência sobre a matéria. Conclui-se, assim, que o Fisco agiu no estrito cumprimento da lei não havendo qualquer reparo a ser feito no procedimento adotado.

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2004

NAYRA BASTOS MANATTA