



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° : 10435.001499/2002-96
Recurso n° : 129.211
Acórdão n° : 301-31.738
Sessão de : 17 de março de 2005
Recorrente : JOSÉ CARLOS DE SOUZA NASCIMENTO – ME.
Recorrida : DRJ/RECIFE/PE

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. A faculdade de indeferir ou não solicitação de perícia é decorrente do que dispõe o próprio Decreto 70.235/72, sendo instrumento de formação da livre convicção do julgador, não podendo o seu exercício ser entendido como cerceamento ao direito de defesa. Estando todos os autos de infração lavrados em conformidade com a legislação vigente não há que se falar em descumprimento de princípios constitucionais, principalmente nos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a contribuinte tinha à sua disposição todos os elementos e descrições para compreender os fatos da autuação e efetuar plenamente suas contestações.
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Carlos Henrique Klaser Filho, Atalina Rodrigues Alves, José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo e Davi Machado Evangelista (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Leandro Felipe Bueno Tierno.

Processo nº : 10435.001499/2002-96
Acórdão nº : 301-31.738

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 05/09, 13/17, 21/25, 29/33 e 37/41, para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores de 05/2000 a 06/2002, adiante especificado:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAIS

Os referidos autos de infração são decorrentes de ação fiscal efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação do SIMPLES, cujos enquadramentos legais encontram-se discriminados nos autos de infração, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. As irregularidades constatadas e suas conseqüências podem ser assim resumidas:

1- OMISSÃO DE RECEITA – 05 A 12/2000 E 01 A 12/2001.

Foram confrontados, pela fiscalização, os valores escriturados no Livro de apuração do ICMS e os valores das notas fiscais emitidas pela empresa para a Prefeitura de Garanhuns, constatando-se divergências entre esses valores conforme planilha à fl. 516.

O autuante relata que o Livro de Saídas da contribuinte não especifica o número das notas fiscais de saída e o livro de apuração do ICMS os valores não coincidem com os das notas fiscais emitidas para a Prefeitura de Garanhuns e por este motivo foram consideradas como omissões de receitas os somatórios das notas fiscais.

2 – INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO – 06/2000 a 06/2002.

Do confronto entre os valores da receita bruta informados a SRF pela contribuinte, dos valores declarados e dos constantes do Livro de apuração do ICMS a fiscalização apurou insuficiência de recolhimento.

Nos anos calendários de 2000 e 2001 a contribuinte informou receitas e simples a pagar, contudo consignou em suas declarações compensações sem processo.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 521 a 529 nas quais questiona integralmente os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

Processo nº : 10435.001499/2002-96
Acórdão nº : 301-31.738

- Primeiramente afirma a contribuinte que a autuação carece de qualquer elemento fático que caracteriza a prática de qualquer irregularidade à legislação tributária federal.

- PRELIMINARES.

NULIDADE – Alega que não foi observado o cumprimento do art. 7º do Decreto nº 70.235/1972, ou seja, não consta o início do procedimento fiscal que tem que ser iniciado por ato escrito com ciência do sujeito passivo.

Ainda, não foi exibido e nem entregue a autuada o competente MPF – Mandado de procedimento Fiscal como expressamente previsto no art. 4º da Portaria nº 3.007 de 2001 da SRF, o que invalida o procedimento fiscal.

Alega que estas faltas, descritas acima, atingem os princípios constitucionais da publicidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Finaliza esta preliminar solicitando a nulidade de todo o procedimento fiscal.

FALTA DE INDICAÇÃO PRECISA DOS ELEMENTOS MATERIAIS DE CONVICÇÃO – Cita a contribuinte o art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e alega que vários elementos exigidos pela legislação foram inobservados. Afirma que o auto de infração foi lavrado fora do local de verificação da falta, ou seja, a lavratura aconteceu na DRF/Caruaru quando a empresa é do município de Garanhuns.

Passa a contribuinte a reclamar acerca da descrição dos fatos afirmando que a fiscalização faz menção expressa a elementos materiais de convicção (notas fiscais e Livro do ICMS) sem indicar a sua numeração ou anexá-los ao auto, dificultando a defesa por parte da empresa. Não pode a autuada adivinhar quais documentos serviram de base para a autuação. Desta forma não pode a contribuinte concordar ou discordar do lançamento fiscal. Conclui a impugnante que o auto de infração foi lavrado de maneira a impossibilitar a autuada o seu direito de defesa.

- PERÍCIA – Continua a contribuinte sua impugnação requerendo, caso não seja declarado nulo o auto de infração do presente processo, a realização de perícia contábil fiscal.

Finaliza a impugnação ratificando a solicitação da declaração de nulidade de todo o procedimento fiscal ou realização de perícia contábil fiscal dos documentos e livros fiscais.”

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

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Processo nº : 10435.001499/2002-96
Acórdão nº : 301-31.738

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002.

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. ART. 7º DO DECRETO Nº 70.235/1972 e MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCALS – MPF.

Tendo sido cientificado o contribuinte tanto do início de ação fiscal como do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF não há que se falar em descumprimento do art. 7º do Decreto nº 70.235/1972(PAF).

PRELIMINAR DE NULIDADE. ELEMENTOS DE PROVAS.

Estando presente nos autos todos os elementos de provas referentes às infrações apuradas não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA – Omissão de receita e insuficiência de recolhimento.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Lançamento Procedente”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. xx, inclusive repisando argumentos, nos termos a seguir dispostos, alegando que:

- A decisão recorrida é nula, pela negativa da DRJ, em deferir o seu pedido de perícia, tendo ocorrido cerceamento do direito de defesa;
- Repisa argumentos quanto à nulidade do auto de infração.

É o relatório.

Processo n° : 10435.001499/2002-96
Acórdão n° : 301-31.738

VOTO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

DA NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA:

Quanto à realização de perícia, requerida pela contribuinte, a decisão recorrida considerou que, além de ser desnecessária, a contribuinte, em seu requerimento não teria atendido aos requisitos estabelecidos no art. 16, inciso IV, do Decreto 70.235/72, que determina que o pedido para realização de perícia seja acompanhado dos motivos que a justifique, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados e com a indicação do perito (nome, endereço e qualificação profissional).

Assim dispõe aquela norma legal:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

I - ...

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito; (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/93)

§ 1º. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/93)”.

A faculdade de indeferir ou não solicitação de perícia é decorrente do que dispõe o próprio Decreto 70.235/72, sendo instrumento de formação da livre convicção do julgador, não podendo o seu exercício ser entendido como cerceamento ao direito de defesa.

Processo nº : 10435.001499/2002-96
Acórdão nº : 301-31.738

Nos mesmos termos da decisão recorrida, entendo não ser necessária a realização de perícia.

Entendo, pois, não ser o caso de nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa.

**DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR
DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DO MPF E POR DESCUMPRIMENTO DO
ARTIGO 10 DO DECRETO 70.235/72:**

DO MPF:

Quanto à alegação de nulidade da ação fiscal baseada no argumento de que houve falhas quanto aos prazos do MPF, não merece ser acolhida, conforme demonstrar-se-á a seguir:

O Mandado de Procedimento Fiscal disciplinado pela Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, consiste em uma ordem específica emitida por autoridade competente da Secretaria da Receita Federal para que servidor(es) a ela subordinado(s) proceda(m), no caso de fiscalização, à verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos e contribuições administrados pela SRF, bem como da correta aplicação da legislação do comércio exterior, e, se for o caso, à constituição do crédito tributário devido ou à apreensão de mercadorias em situação irregular.

O Mandado de Procedimento Fiscal tem por escopo o planejamento e o controle, por parte da Receita Federal, das atividades de fiscalização dos tributos e contribuições federais a serem desenvolvidas em cada exercício fiscal. Por outro lado, o Mandado de Procedimento Fiscal visa também permitir ao sujeito passivo assegurar-se da autenticidade da ação fiscal contra ele instaurada, pois, dentre outros dados, o MPF informa a natureza, a abrangência, o prazo máximo e as as pessoas designadas para a execução dos trabalhos fiscais, além do código de acesso à Internet que possibilita identificar a procedência do MPF.

Tal instituto, no entanto, por ser media meramente disciplinadora visando à administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário.

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Por outro lado, a competência funcional para lavratura do auto de infração decorre do disposto na Lei no. 2.354/54, in verbis, dispositivo constante do Regulamento do Imposto de Renda/94:

“Art. 950 A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores Fiscais do Tesouro

Processo nº : 10435.001499/2002-96
Acórdão nº : 301-31.738

Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei nº 2.354/54, art. 7º, e Decreto-lei nº 2.225/85).

Art. 951 Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais (Lei nº 2.354/54, art. 7º)

Art. 960 Sempre que apurarem infração das disposições deste Regulamento, inclusive pela verificação de omissão de valores na declaração de bens os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Processo Administrativo Fiscal.”

Posteriormente, a denominação do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional passou a ser Auditor Fiscal da Receita Federal.

O auto de infração, que constitui o crédito guereado foi procedido com observância das disposições do Código Tributário Nacional, lavrado por pessoa competente para tal, com adequada capitulação legal dos fatos e tendo sido garantido à autuada todos os meios de defesa previstos na Legislação de regência.

Por fim, mas não menos importante, cabe a análise do artigos 59 e 60 do Decreto 70.235/1972, que assim dispõem:

‘Art. 59. São nulos:

Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

Os despachos e decisões proferido por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa

§§- omissis.

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.’

A teor desse dispositivo, as irregularidades que tornariam nulo o lançamento fiscal resumem-se aos casos de atos e termos lavrados por servidor incompetente, ou aos de despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com cerceamento do direito de defesa. Afora as hipóteses retrocitadas, as demais irregularidades que possam vir a ocorrer no processo fiscal não acarretariam nulidade do lançamento fiscal.

Também não se dá a hipótese de aplicação do artigo 53 da Lei 9.784/99, que estabelece o dever da administração de anular os seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade.

Não há por que, com base em alegação de descumprimento de uma Portaria dirigida à administração dos recursos humanos de fiscalização, que se macular o procedimento fiscal de nulidade.

Independentemente de terem sido cumpridos ou não os requisitos previstos na Portaria citada, rejeito a nulidade argüida.

Com relação ao art. 10 do Decreto 70.235/72, cabe ressaltá-lo:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

Processo nº : 10435.001499/2002-96
Acórdão nº : 301-31.738

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

Não vislumbro que nenhum destes requisitos tenha sido descumprido no lançamento guerreado, o que torna sem sentido as alegações da recorrente.

No mérito, a recorrente não aduz nenhuma contestação contra a exigência, não contestando elementos tais como a base de cálculo considerada ou a insuficiência de recolhimentos.

Cabe, por fim, apenas ressaltar a maneira detalhista e cuidadosa como foi elaborado o voto condutor da decisão recorrida, que entendo não mereça reparos de espécie alguma.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de março de 2005


VALMAR FONSÊCA DE MENEZES - Relator