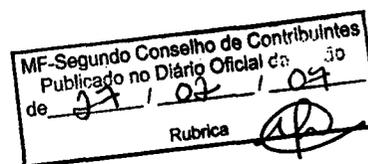




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10909.002318/2004-97
Recurso nº : 132.133
Acórdão nº : 204-01.124



Recorrente : SUPERMERCADO VILA VERDE LTDA.
Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

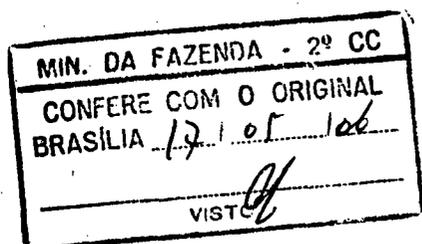
COMPENSAÇÃO. A compensação é um direito discricionário da contribuinte, não cabendo ao Fisco realizá-la de ofício, nem podendo ser usada, caso não tenha sido realizada antes do início do procedimento fiscal, como razão de defesa para elidir lançamento decorrente da falta de recolhimento de tributo devido.

FALTA DE RECOLHIMENTO. É legítimo o lançamento de ofício decorrente da falta e/ou insuficiência de recolhimento desta contribuição.

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.

MULTA DE OFÍCIO. É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de Multa de Ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo.

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUPERMERCADO VILA VERDE LTDA.

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

Sala das Sessões, em 28 de março de 2006.

Henrique Pinheiro Torrès

Presidente

Nayra Bastos Manatta

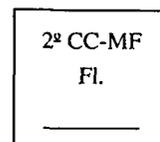
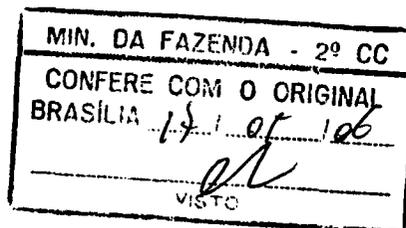
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Roberto Velloso (Suplente), Júlio César Alves Ramos, Mauro Wasilewski (Suplente) e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10909.002318/2004-97
Recurso nº : 132.133
Acórdão nº : 204-01.124



Recorrente : SUPERMERCADO VILA VERDE LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração objetivando a cobrança do PIS relativa aos períodos de abril/99 a junho/04 em virtude de diferenças entre os valores declarados/pagos e os escriturados, conformé consta do Termo de Verificação Fiscal, no qual a fiscalização informa, ainda, que os valores informados à SRF eram sistematicamente inferiores aos valores informados ao Fisco Estadual e que a contribuinte não apresentou o seu termo de opção pelo Simples.

A contribuinte apresenta impugnação argüindo em sua defesa, em síntese:

1. efetuou recolhimentos a título do Simples que não foram considerados como compensados com os valores objeto da presente autuação; e
2. inconstitucionalidade da multa aplicada em virtude do seu caráter confiscatório.

A DRJ em Florianópolis - SC manifestou-se no sentido de julgar procedente o lançamento.

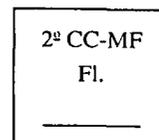
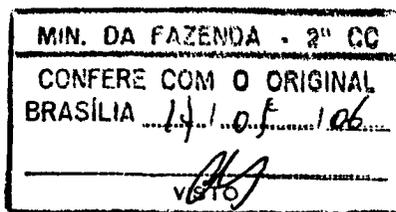
Inconformada com a decisão proferida a contribuinte apresentou, tempestivamente, recurso voluntário alegando idênticas razões de defesa às apresentadas na inicial, acrescendo ainda que o Simples não constitui uma nova modalidade de tributo mas sim um sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições e que os valores recolhidos a título do Simples deveriam ser considerados proporcionalmente a cada um dos tributos a que correspondem.

Foi efetuado arrolamento de bens no Processo de nº 10909.002516/2004-51, segundo informado pela recorrente à fl. 425, a qual não foi contestada pela autoridade competente que deu seguimento ao recurso interposto.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10909.002318/2004-97
Recurso nº : 132.133
Acórdão nº : 204-01.124

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

Preliminarmente é de se ressaltar que em relação ao arrolamento de bens foi informado pela recorrente que é objeto do Processo nº 10909.002516/2004-51, informação esta não contestada pela autoridade competente que deu seguimento ao recurso interposto. Em relação à tempestividade observo que o recurso é tempestivo.

A única razão de defesa apresentada pela contribuinte é que não foram considerados os recolhimentos efetuados a título do Simples para abater dos valores devidos a título do PIS. Ou seja, uma compensação entre os valores devidos a título do PIS e os recolhidos a título do Simples.

Observe-se que não há prova nos autos da efetividade da compensação por ventura efetuada, quais os períodos e valores utilizados em compensação.

Ainda que tivesse efetuado, comprovadamente, pagamento indevido de créditos tributários devidos, poderia, a contribuinte, solicitar a compensação com outros débitos, nos termos da legislação que disciplina a matéria. Todavia, o direito compensatório, não comprovadamente exercido pela recorrente antes do início da ação fiscal, não há de ser utilizado como argumento de defesa, na fase impugnatória ou recursal, para elidir cobrança de tributo devido e não recolhido.

Quanto ao argumento de que o Simples constitui um sistema integrado de recolhimento de tributos e contribuições federais e que o seu recolhimento indevido deveria ser desmembrado para fazer frente aos débitos de cada um dos tributos que substitui é de se verificar a impossibilidade de ser feito tal desmembramento, uma vez que a alíquota do Simples é uma consolidação de alíquota de varias exações distintas, não havendo como a fiscalização desmembrar este recolhimento único para compensar os valores devidos a título de cada um dos impostos ou contribuições devidas e não recolhidas, até mesmo em virtude do código de recolhimento deste e dos demais tributos ser diverso e da natureza tributaria do recolhimento efetuado a título do Simples ser diversa das dos tributos que o compõem.

Cumpra, a esse passo, afastar 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 consequente.

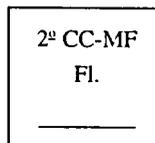
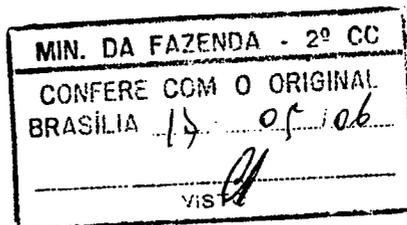
Ressalte-se que em nosso sistema jurídico as leis gozam da presunção de constitucionalidade, sendo impróprio acusar de confiscatória a sanção em exame, quando é sabido que, nas limitações ao poder de tributar, o que a Constituição veda é a utilização de tributo com efeito de confisco. Esta limitação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

134



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10909.002318/2004-97
Recurso nº : 132.133
Acórdão nº : 204-01.124



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:

.....
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.

Quanto a alegada agressão a capacidade contributiva da autuada, deve ser ressaltado que o princípio constitucional da capacidade contributiva é dirigida ao legislador infra-constitucional, a quem compete observá-lo quando da fixação dos parâmetros de incidência, alíquota e base de cálculo. 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;

Ademais disto, a análise da legalidade da norma impositiva da multa de ofício referir-se-ia, em derradeira instância, à análise da constitucionalidade da norma, e a todos é cediço que não é possível de apreciação na esfera administrativa de argumentos versando sobre a inconstitucionalidade das leis.

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 à 102 da Carta Magna.

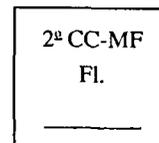
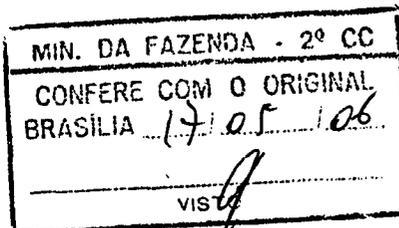
Corroborando essa orientação, cabe lembrar o conteúdo do Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70), que cita o seguinte ensinamento do Mestre Ruy Barbosa Nogueira:

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

Ruy Barbosa
4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10909.002318/2004-97
Recurso nº : 132.133
Acórdão nº : 204-01.124

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.

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 seqüencial, 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 em Florianópolis - SC, cabendo à autoridade administrativa apenas dar cumprimento à lei.

Isto posto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2006.

NAYRA BASTOS MANATTA

M