



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13433.000604/2001-05
SESSÃO DE : 20 de outubro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505
RECURSO Nº : 125.622
RECORRENTE : TP DE QUEIROZ E CIA LTDA. – ME.
RECORRIDA : DRJ/RECIFE/PE

PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL – NORMAS GERAIS – PRECLUSÃO – Questão não provocada a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo e somente vem a ser demandada na petição de recurso, constitui matéria preclusa da qual não se toma conhecimento.

NULIDADES. As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235/72 e alterações posteriores.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhes execução.

Preliminares rejeitadas.

LANÇAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA. O lançamento destina-se 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. Não provada a existência de erros na quantificação do crédito tributário, não há que se falar em invalidação do auto de infração.

Recurso Voluntário Desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, tomar conhecimento em parte do recurso por preclusão de parte da matéria recursal; na parte conhecida, por unanimidade de votos, negar provimento, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 20 de outubro de 2004

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente



VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LENCE CARLUCI, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI e LUIZ ROBERTO DOMINGO.

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505
RECORRENTE : TP DE QUEIROZ E CIA LTDA. - ME
RECORRIDA : DRJ/RECIFE/PE
RELATOR(A) : VALMAR FONSECA DE MENEZES

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. 04/09, 10/15, 16/22, 23/29 e 30/36 para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores de 31/05/1997 a 31/12/2000, adiante especificado:

(...)

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- DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO.

Valor apurado conforme receita bruta obtida nos livros registros de apuração do ICMS apresentados pela própria contribuinte. Narra o autuante, à fl. 05, que foram considerados todos os pagamentos e os valores declarados pela contribuinte.

2 – INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Insuficiência de recolhimento dos impostos e contribuições do sistema integrado. A contribuinte não recolheu a totalidade dos imposto e contribuições sobre a receita bruta constante da declaração do SIMPLES.

Constam como parte integrante dos autos de infração do presente processo os seguintes demonstrativos:

- Demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a receita bruta, às fls. 37 e 38/39, onde estão relacionadas à receita bruta declarada, as diferenças encontradas e a receita brutas acumuladas (para a aplicação do percentual correspondente).
- Demonstrativo de Apuração do imposto/contribuição sobre as diferenças apuradas, às fls. 40 a 57.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 131 a 161, nas quais questiona integralmente os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

1 – PRELIMINAR.

- 1.1 Alega a contribuinte que a fiscalização não teve o cuidado de narrar os fatos relacionados com o ilícito tributário, apenas apresenta um conjunto de cálculos
- 1.2 Cita a contribuinte o mês de junho de 1997 e afirma que neste fato gerador foi calculado repetidamente o imposto e apenas há uma diferença na alíquota aplicada.
- 1.3 Também, no mês de maio de 1997 há um erro no cálculo do imposto devido, já que a diferença de receita bruta encontrada é de R\$ 10.582,42 e que aplicada à alíquota de 4% resultaria no imposto único de R\$ 423,29 e não no autuado de R\$ 471,88.
- 1.4 Continua a contribuinte elencado outro erro do auto de infração, no caso nos meses de novembro de 1999 e maio a dezembro de 2000, quando foi aplicada a alíquota de 10,32% inexistente na legislação do Simples(Lei nº 9.317/1996).
- 1.5 Portanto, afirma a autuada, que os autos de infração não demonstram com clareza os números elencados pela fiscalização o que dificulta a defesa da contribuinte. Afirma que o auto de infração deve precisar a falta cometida para que a impugnante possa utilizar os recursos e meios inerentes à ampla defesa e o contraditório. Cita a contribuinte o art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988(princípio da ampla defesa e do contraditório e princípio do devido processo legal). Cita também opiniões de Hely Lopes Meirelles, à fl. 135, sobre a validade dos atos administrativos e suas formalidades.
- 1.6 Finaliza a preliminar, alegando que este processo deve ser declarado nulo por ferir ao princípio da ampla defesa e do contraditório e princípio do devido processo legal, citando Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles, à fl. 136, a respeito de anulação dos atos administrativos.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505

2 – A ESPÉCIE – MÉRITO.

2.1 – A defesa efetua nesta parte da impugnação a conceituação dos seguintes temas tributários: OBRIGAÇÃO – fls. 137 a 139; CRÉDITO TRIBUTÁRIO – fls. 139 e 140; LANÇAMENTO – fls. 140 e 141; FATO GERADOR – fls. 141 a 143; INTERPRETAÇÃO – fls. 144 e 145; CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS – fls. 145 e 146.

2.2 – Continua alegando que nos presentes autos de infração não podem incidir os juros de mora e a multa como aplicados.

2.3 – Segue alegando acerca dos juros de mora, que o artigo 192 § 3º da Constituição Federal de 1988 determina os juros máximos a taxa de 12%a.a. e que este artigo deve ser aplicado independentemente de qualquer suplemento legal. Cita, às fls. 149 a 154, opiniões de diversos juristas e decisões acerca da matéria.

2.4 – Conclui a contribuinte que é ilegal a cobrança da Taxa SELIC como juros de mora uma vez que está eivada de inconstitucionalidade. Afirma que a adoção da Taxa SELIC importa em aumento de tributo sem lei específica, desrespeitando o art. 150, inciso I da Constituição Federal de 1988. Cita, às fls. 154 a 156, Decisão do STJ. Finaliza este ponto solicitando o cancelamento da aplicação da taxa Selic sobre o crédito tributário apurado.

2.5 – a contribuinte volta no mérito a reclamar dos cálculos efetuados nos meses de Junho/1997, maio/1997, novembro/1999 e maio/2000, usando os mesmos argumentos já expostos na preliminar.

Finaliza a contribuinte sua impugnação requerendo o julgamento dos autos de infração do presente processo como insubsistentes.

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

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Os elementos constantes da descrição dos fatos e enquadramento legal formam um conjunto de informações para que a contribuinte possa perfeitamente exercer seu sagrado direito de defesa.

SIMPLES – RECEITA EXCEDENTE AO LIMITE DE MICROEMPRESA – TRATAMENTO.

A pessoa jurídica, inscrita no SIMPLES na condição de microempresa, que ultrapassar, no decurso do ano-calendário, o limite legal, sujeitar-se-á, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, aos percentuais e normas aplicáveis às empresas de pequeno porte.

SIMPLES – RECEITA EXCEDENTE AO LIMITE DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE – TRATAMENTO

A empresa de pequeno porte cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite de receita bruta acumulada de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), sujeitar-se-á, em relação aos valores excedentes, a partir, inclusive, do mês em for que verificado o excesso, ao percentual 10,32% (dez inteiros e trinta e dois décimos por cento).

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

Lançamento Procedente

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 189/213, inclusive repisando argumentos, nos termos a seguir dispostos, alegando que:

COMO PRELIMINARES:

DA NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA:

- A decisão recorrida é nula pelo fato de que houve contradição entre os seus fundamentos – que consideram o lançamento

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505

procedente – e a sua conclusão – que afirma ser o lançamento procedente em parte;

DA INCONSTITUCIONALIDADE DDA MULTA E DA TAXA SELIC APLICADAS:

- A multa aplicada é inconstitucional, por confiscatória, bem como a taxa SELIC
- **COMO MÉRITO:**
- A fiscalização apenas tributou as presumidas divergências pelo simples confronto entre as declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica/SIMPLES e os livros de Apuração do ICMS, fato que constitui presunção a partir de provas emprestadas, sem respaldo legal, havendo divergências entre os valores apurados no auto e os declarados naquele livro;
- O livro de apuração do ICMS não é prova idônea para deduzir-se o lucro da empresa e sua tributação;
- As divergências referidas não implicam em omissão de receita;
- A recorrente não teve a intenção de esconder ou omitir a receita, conclusão que encontra respaldo no Regulamento do Imposto de Renda, artigo 251, sendo que os registros contábeis eliminam qualquer pressuposto de tal omissão;
- Cabe ao Fisco a demonstração cabal da conduta tida como violadora da legislação tributária;
- Tal procedimento para verificação das divergências denotam cerceamento do direito de defesa.

É o relatório

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505

elementos constantes da ementa do acórdão da DRJ não deixam margens a nenhuma outra conclusão que não seja aquela que redunde na manutenção integral do auto lavrado.

No tocante a esta nuance, reproduzamos o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72:

"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. "

Verifica-se que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso primeiro e não se pode falar em cerceamento do direito de defesa. Neste ponto, cabe-nos apenas ressaltar que o respeito ao princípio do contraditório está configurado pela ciência dos termos processuais por parte da autuada. Além disso, a possibilidade de ampla defesa está assegurada em diversos pontos da legislação citada pelo fisco, em especial as disposições do Decreto 70.235/72 e alterações posteriores, regulador do Processo Administrativo Fiscal, mencionado no próprio auto de infração lavrado, e do qual tomou ciência a contribuinte.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE:

Já se constitui em jurisprudência pacífica deste Colegiado que não se insere em sua competência o julgamento da validade ou não de dispositivo legais vigentes, bem como de a constitucionalidade ou não dos mesmos. A exigência questionada foi aplicada em virtude dos dispositivos legais discriminados no próprio auto de infração, razão por que não cabe a este Colegiado questioná-los, mas apenas garantir-lhes plena eficácia.

A declaração de inconstitucionalidade de norma, em caráter originário e com grau de definitividade, é tarefa da competência reservada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a teor dos artigos 97 e 102, III 'b', da Carta Magna.

Neste mesmo sentido, dispõe o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/93, expedido pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em decisão de processo de consulta:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505

“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 cumprila, 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, 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 argüição.

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 Legislativo 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, par. 1º e 103, I e VI).”

Não há, portanto, como se apreciar o mérito nem a constitucionalidade da exação, cujo campo de discussão eleito pela recorrente é adstrito ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

Rejeito, pois, a preliminar de inconstitucionalidade.

DO MÉRITO:

No mérito, resta somente a afirmação de que houve equívocos na transcrição de valores do Livro de Registro de Apuração de ICMS para os demonstrativos do auto de infração.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.622
ACÓRDÃO Nº : 301-31.505

Neste ponto, resta apenas ressaltar o brilhante trabalho realizado pelo julgador de primeira instância, que demonstrou, com o detalhamento dos cálculos, que o auto de infração foi corretamente lavrado, demonstrando, por outro lado, que, na verdade, as argumentações suscitadas a este respeito apenas demonstram o desconhecimento da Legislação do SIMPLES por parte da recorrente. Para melhor clareza, passo à leitura de trechos da decisão recorrida, à fl. 171, que adoto como razões de decidir, neste aspecto, e que, por economia processual, me dou a liberdade de apenas proceder à sua leitura.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de conhecer apenas em parte, do recurso, por preclusão, para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares de inconstitucionalidade e de nulidade e, no mérito, negar provimento.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2004


VALMAR FONSECA DE MENEZES – Relator