



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 27 / 02 / 05
Rubrica

Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898

Recorrente : GASPARZINHO DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

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

NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. NULIDADE. Não se considera nula a decisão que deixou de apreciar matéria versando sobre inconstitucionalidade de norma jurídica, já que às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

Preliminar rejeitada.

PERÍCIA. DILIGÊNCIA. Poderá a autoridade julgadora denegar pedido de diligência ou perícia quando entendê-las desnecessária ou julgamento do mérito, quando todos os elementos de prova encontram-se nos autos e a recorrente sequer demonstrou indícios das incorreções por ela argüidas.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades.

MULTA QUALIFICADA. Presente o requisito doloso na ação do agente cujo objetivo era evitar o pagamento de tributo devido, é devida a multa qualificada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **GASPARZINHO DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Quarta 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 07 de dezembro de 2005.

Henrique Pinheiro Torres

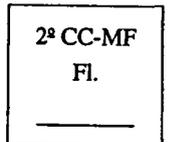
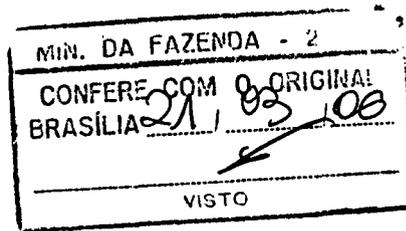
Presidente

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 : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898

Recorrente : **GASPARZINHO DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.**

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração objetivando a exigência da Cofins relativa aos períodos de apuração de janeiro/00 a dezembro/03 em virtude da divergência entre os valores escriturados pela contribuinte em seus livros contábeis fiscais e os declarados à SRF por meio de DCTF e DIPJ. O lançamento foi acrescido de multa de 75% até março/01, exclusive, e a partir daí de multa de 150% em virtude de a contribuinte ter optado, conscientemente, pela declaração a menor (significativamente – 50% do valor devido e escriturado) dos tributos federais, dentre eles a Cofins.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais no Processo nº 13971.000180/2005-15.

Inconformada com a autuação a contribuinte apresenta impugnação argüindo em sua defesa, em síntese:

1. apesar de ter concordado com os valores apurados pela fiscalização, constatou, posteriormente incorreções devendo, portanto ser feita perícia para se verificar os valores corretos;
2. não se manifestou sobre os valores apurados pelo Fisco por entender que o momento correto para tal seria a fase impugnatória; e
3. caráter confisctório da multa.

A DRJ em Florianópolis – SC denegou a perícia solicitada e, no mérito, julgou procedente o lançamento.

Cientificada em 17/06/05 a contribuinte interpôs recurso voluntário em 14/07/05 no qual arguiu em sua defesa os mesmos argumentos da inicial, acrescentando, ainda:

1. no processo administrativo fiscal o deferimento do pedido de perícia não é faculdade do julgador, uma vez que tem como objetivo esclarecer a realidade fática e apurar corretamente os valores devidos a título da contribuição; e
2. nulidade da decisão recorrida por não ter sido apreciado o argumento sobre o caráter confiscatório da multa sob o argumento de que as esferas administrativas não podem apreciar matéria constitucional.

Foi efetuado arrolamento de bens segundo informação de fl. 441.

É o relatório.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898

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

2ª CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

Primeiramente há de ser analisada a nulidade do auto de infração suscitada pela recorrente em virtude de a fiscalização não haver apreciado a matéria versando sobre a constitucionalidade da norma que determina a aplicação de multas com percentuais elevados caracterizando verdadeiro confisco.

É de todos cediço o posicionamento deste Conselho no que tange à impossibilidade de apreciação de matéria versando sobre inconstitucionalidade de lei pela esfera administrativa.

O julgamento administrativo está estruturado como atividade de controle interno de atos praticados pela própria Administração, apenas no que concerne à legalidade e legitimidade destes atos, ou seja, se o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se balizado pela lei e dentro dos limites nela estabelecidos. No exercício desta função cabe ao julgador administrativo proceder ao exame da norma jurídica, em toda sua extensão, limitando-se, o alcance desta análise, aos elementos necessários e suficientes para a correta compreensão e aplicação do comando emanado da norma. O exame da validade ou não da norma face aos dispositivos constitucionais escapa do objetivo do processo administrativo fiscal, estando fora da sua competência.

Themístocles Brandão Cavalcanti *in* "Curso de Direito Administrativo", Livraria Freitas Bastos S.A, RJ, 2000, assim manifesta-se:

Os tribunais administrativos são órgãos jurisdicionais, por meio dos quais o poder executivo impõe à administração o respeito ao Direito. Os tribunais administrativos não transferem as suas atribuições às autoridades judiciais, são apenas uma das formas por meio das quais se exerce a autoridade administrativa.

Conciliamos, assim, os dois princípios: a autoridade administrativa decide soberanamente dentro da esfera administrativa. Contra estes, só existe o recurso judicial, limitado, entretanto, à apreciação da legalidade dos atos administrativos, verdade, como se acha, ao conhecimento da justiça, da oportunidade ou da conveniência que ditarem à administração pública a prática desses atos.

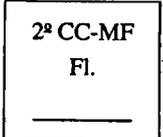
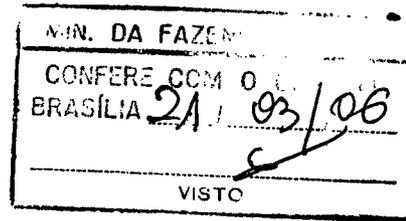
Segundo o ilustre mestre Hely Lopes Meireles, o processo administrativo está subordinado ao princípio da legalidade objetiva, que o rege:

O princípio da legalidade objetiva exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei. Daí sustentar GIANNINI que o processo, como recurso administrativo, ao mesmo tempo que ampara o particular serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração. Todo processo administrativo há de embasar-se, portanto, numa norma legal específica para apresentar-se com legalidade objetiva, sob pena de invalidade.

134 /



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898

Depreende-se daí que, para estes juristas, a função do processo administrativo é conferir a validade e legalidade dos atos procedimentais praticados pela Administração, limitando-se, portanto, aos limites da norma jurídica, na qual embasaram-se os atos em análise.

A apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exarceba a sua competência originária, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal.

O Estado brasileiro assenta-se sobre o tripé dos três Poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário. No seu Título IV, a Carta Magna de 1988 trata da organização destes três Poderes, estabelecendo sua estrutura básica e as respectivas competências.

No Capítulo III deste Título trata especialmente do Poder Judiciário, estabelecendo sua competência, que seria a de dizer o direito. Especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas observa-se que o legislador constitucional teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Atribui, ao constituinte, esta competência exclusivamente ao Poder Judiciário, e, em particular ao Supremo Tribunal Federal, que se pronunciará de maneira definitiva sobre a constitucionalidade das leis.

Tal foi o cuidado do legislador que, para que uma norma seja declarada inconstitucional com efeito *erga homes* é preciso que haja manifestação do órgão máximo do Judiciário – Supremo Tribunal Federal – que é quem dirá de forma definitiva a constitucionalidade ou não da norma em apreço.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, para que uma norma seja declarada, de maneira definitiva, inconstitucional, é preciso que seja apreciada pelo seu pleno, e não apenas por suas turmas comuns. Ou seja, garante-se a manifestação da maioria absoluta dos representantes do órgão máximo do Poder Judiciário na análise da constitucionalidade das normas jurídicas, tal é a importância desta matéria.

Toda esta preocupação por parte do legislador constituinte objetivou não permitir que a incoerência de se ter uma lei declarada inconstitucional por determinado Tribunal, e por outro não. Resguardou-se, desta forma, a competência derradeira para manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis à instância superior do Judiciário, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos apreciassem a constitucionalidade de lei seria infringir disposto da própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder definida no texto constitucional.

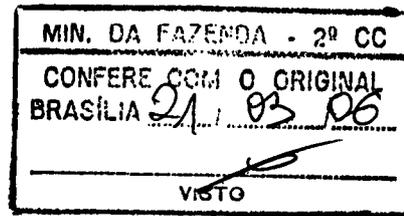
O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, paginas 302/303, assim concluiu:

A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.

134 / 4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898

Por ocasião da realização do 24º Simpósio Nacional de Direito Tributário, o ilustre professor, mais uma vez, manifestou acerca desta árdua questão afirmando que a autoridade administrativa tem o dever de aplicar a lei que não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, devendo, entretanto, deixar de aplicá-la, sob pena de responder pelos danos porventura daí decorrentes, apenas se a inconstitucionalidade da norma já tiver sido declarada pelo STF, em sede de controle concentrado, ou cuja vigência já houver sido suspensa pelo Senado Federal, em face de decisão definitiva em sede de controle difuso.

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Como da decisão definitiva proferida na esfera administrativa não pode o Estado recorrer ao Judiciário, uma vez ocorrida a situação retrocitada, estar-se-ia dispensando o pagamento de tributo indevidamente, o que corresponde a crime de responsabilidade funcional, podendo o infrator responder pelos danos causados pelo seu ato.

Assim sendo, não será apreciada aqui, como não o foi pela instância *a quo*, a matéria versando sobre inconstitucionalidade de normas dispondo sobre a aplicação da multa aos lançamentos de ofício, exatamente por se tratar de matéria constitucional cuja apreciação está reservada ao Poder Judiciário, como bem frisou a decisão recorrida, não que está correta não padecendo de qualquer vício de nulidade.

No que diz respeito à perícia solicitada ocorre que o deferimento de perícia solicitada pela contribuinte é ato discricionário da autoridade julgadora que poderá indeferir-la por considera-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 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, consta do processo todas as informações necessárias para o julgamento do litígio, e, caso houvesse divergência entre os valores apurados pelo Fisco, com os quais concordou inicialmente a recorrente, e os valores apurados posteriormente por ela própria caberia a demonstração das incorreções. O que não foi feito na fase impugnatória ou recursal.

A contribuinte limitou-se a dizer que há incorreções nos valores apurados pelo Fisco sem contudo aponta-las.

Por outro lado, todas as circunstâncias que envolveram o lançamento estão corretamente descritas no auto e nas documentações que sustentam o lançamento.

134 //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898

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

2º CC-MF
Fl.

Duas são as situações a serem observadas no confronto entre as provas apresentadas pelo Fisco e as apresentadas pelo contribuinte, no curso do processo administrativo fiscal. Ou as providências e elementos colhidos pelo Fisco são convincentes no sentido de atestar que o ato praticado pelo administrado é ilícito, ou as provas trazidas pelo contribuinte são suficientes para comprovar a licitude dos seus atos.

Havendo prova da efetividade do ilícito tributário, a exigência fiscal seria devida, não havendo essa prova, não haveria como se imputar ao sujeito passivo responsabilidade por infração não caracterizada, restando indevido a exigência fiscal, bem como a imposição de penalidade, pela simples aplicação do princípio da estrita legalidade.

Assim, na caracterização de ilícito fiscal tributário cabe à autoridade fiscal demonstrar de forma inequívoca que as provas por ela reunidas são aptas a comprovar o fato eleito como infracionário. Ressalte-se, aqui, entretanto, que ao sujeito passivo incumbe a demonstração em sentido contrário, também por meio de provas inequívocas, ressaltando-se que caso o sujeito passivo omita-se na produção de provas contrárias às que ampararam a exigência fiscal, compromete suas possibilidades de defesa, que foi exatamente o caso dos autos.

A recorrente apenas alegou incorreções dos valores apurados pela fiscalização, sem contudo demonstrar suas alegações. Se por um lado a fiscalização apoiou suas alegações na escrita fiscal da recorrente, esta não logrou comprovar as incorreções alegadas.

Verifica-se que o Fisco já demonstrou e comprovou suas alegações e a recorrente não logrou êxito em desconstituí-las, solicitando apenas a realização de perícia para apurar incorreções do lançamento, sequer demonstradas. Não cabe ao Fisco fazer prova a favor da contribuinte, mas a ela própria demonstrar a veracidade de suas alegações.

Desta forma, entendo plenamente desnecessária a perícia já que todos os elementos trazidos aos autos pela fiscalização são necessários à formação do juízo desta julgadora, ainda mais que a recorrente não logrou apresentar sequer demonstrações das incorreções praticadas pelo Fisco.

No que diz respeito à aplicação da multa qualificada tem-se o art 45, inciso II da Lei nº 9430/96 especificamente determina a aplicação da multa de 150% nos casos de falta de pagamento do imposto, quando a infração for qualificada, entendida aqui a qualificação quando houver prática de sonegação, fraude e conluio, conforme estabelecido no art. 450 do RIPI/98.

Art. 45. O art. 80 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, com as alterações posteriores, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 80. A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota fiscal, a falta de recolhimento do imposto lançado ou o recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, sujeitará o contribuinte às seguintes multas de ofício:

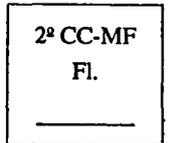
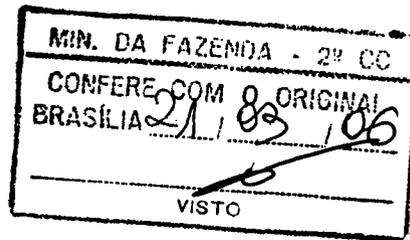
I - setenta e cinco por cento do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido ou que houver sido recolhido após o vencimento do prazo sem o acréscimo de multa moratória;

134
6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898



II- cento e cinquenta por cento do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido, quando se tratar de infração qualificada.

É preciso, pois, verificar se no caso concreto houve a prática qualificadora da infração, ou seja, a sonegação, a fraude ou o conluio.

Primeiramente há de se verificar se no caso em concreto houve dolo e o evidente intuito de fraude nas ações praticadas pela recorrente, quais sejam: informar reiteradamente à SRF declarações com valores correspondentes a 50%, aproximadamente, dos valores efetivamente devidos, reiteradamente.

Ademais disto ao ser intimada a manifestar-se sobre os valores declarados a menor à SRF a contribuinte manifestou-se nos seguintes termos, fls. 341/349:

A postura da empresa em declarar parte das receitas, foi optar, em virtude da necessidade de espaço físico para as atividades da empresa, pois a mesma iniciou suas atividades nos fundos da residência, pela compra de terreno e construir galpão e aquisição de caminhões para o transporte de mercadorias.

Ou seja, intencionalmente e com objetivo específico de evadir-se da tributação devida a recorrente declarou ao Fisco, sistematicamente, após março/01, inclusive, 50% da receita auferida com a venda de mercadorias e serviços (faturamento mensal).

Se, por um lado, a conduta dolosa não pode, em essência, ser comprovada por documentação, pois está intimamente ligada à finalidade da conduta do agente, ao fim ao qual está relacionada, à vontade intrínseca ao ato praticado pelo agente, no caso em concreto, não resta dúvida de que o ato praticado pela empresa teve por objetivo elidir o pagamento de tributo, como afirmado, por ela própria em sua declaração acima transcrita.

Dolo é considerado quando o agente da ação efetivamente quis o seu resultado ou assumiu o risco de o produzir. Ou seja, quando há intenção de produzir o resultado que a sua ação alcançaria.

Verifica-se que toda a conduta do agente reflete o dolo, ou seja, a intenção de obter o resultado que a sua ação acarretaria. Neste sentido correto está se afirmar que o intuito de fraude nas ações praticadas pela recorrente tornou-se evidente pela prática de atos como: ocultar ou retardar o conhecimento por parte da Administração dos tributos devidos ao declarar, sistematicamente, à SRF o valor de aproximadamente 50% do tributo devido.

Tais práticas só encontram razão de ser no fato de a empresa querer retardar ou impedir o conhecimento por parte do Fisco de fato gerador do imposto.

Diante disto não há dúvida de que a intenção do agente é dolosa.

Ademais disto, a conduta da recorrente encontra-se perfeitamente tipificada na Lei nº 4.502/64, art. 71, inciso I, como sendo sonegação:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

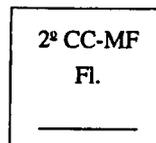
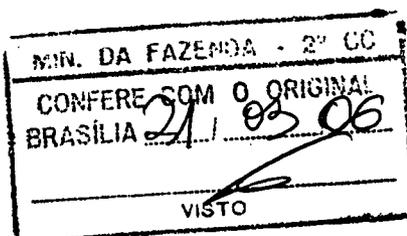
I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

M34



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898



Da leitura do dispositivo legal supra referido, infere-se que a conduta descrita pela norma exige do sujeito passivo, cumulativamente, os seguintes comportamentos: o dolo, ou seja, a deliberada intenção de obter o resultado que seria o impedimento ou retardamento da ocorrência do fato gerador, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Não foi outra a intenção da recorrente senão a de ocultar, por meio de conduta dolosa, a ocorrência do fato gerador da Cofins, diante de série de fatos já descritos anteriormente: retardar ou ocultar da Administração a ocorrência do fato gerador de tributos devidos.

A Lei nº 8.137/90, que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, no seu art. 1º, inciso I expressamente qualifica a ação praticada pela empresa autuada como sendo crime contra a ordem tributária:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

A conduta praticada pela recorrente enquadra-se perfeitamente no inciso I do dispositivo legal acima transcrito, qual seja: prestar declaração falsa às autoridades fazendárias visando exatamente suprimir ou reduzir contribuição social devida.

O que fez a recorrente senão, impedir ou retardar a ocorrência, ou o conhecimento do fato gerador do PIS com o objetivo de se evitar o pagamento do tributo devido. Ou seja, a ação da recorrente encontra-se perfeitamente tipificada no dispositivo legal retrocitado, qual seja, a sonegação.

Desta forma, não há dúvida de que a ação praticada pela recorrente constitui sonegação, enquadrada como tal na legislação de vigência, e dita pela lei como sendo um dos crimes contra a ordem tributária, devendo, por conseguinte, ser aplicada a multa qualificada.

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.

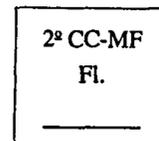
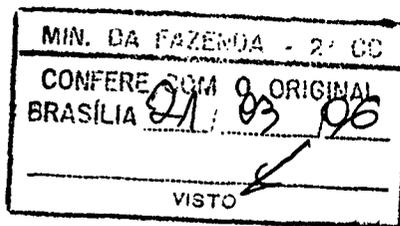
Ressalte-se que em nosso sistema jurídico as leis gozam da presunção de constitucionalidade, sendo impróprio acusar de confiscatória a sanção em exame, quando é sabido que, nas limitações ao poder de tributar, o que a Constituição veda é a utilização de tributo com efeito de confisco. Esta limitação 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*:

RMH
8



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 13971.000178/2005-38
Recurso nº : 131.171
Acórdão nº : 204-00.898

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 auçada, 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

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

Sala das Sessões, em 07 de dezembro de 2005.


NAYRA BASTOS MANATTA