



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10320.007238/2008-62
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.924 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de julho de 2018
Matéria Simples
Recorrente YPIRANGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2005

RECEITAS DECLARADAS. DIPJ. RECEITAS ESCRITURADAS. LIVRO FISCAL.

Constatada a existência de receitas escrituradas em livro fiscal em montante superior às receitas informadas na DIPJ, correto o lançamento de ofício do imposto de renda incidente sobre as diferenças de receita omitida (base de cálculo do Simples Federal).

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA APLICÁVEL

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

JUROS DE MORA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC.

Estando os juros lançados em absoluta conformidade com a legislação de regência, não podem ter seus percentuais reduzidos aleatoriamente pelo julgador administrativo, em virtude de alegada feição de inconstitucionalidade/ilegalidade da exigência de juros com base na taxa Selic. Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa SELIC.

SÚMULA CARF N° 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são

devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lucia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Para a devida síntese do processo em exame, transcrevo o relatório da DRJ/FNS:

“Trata o presente processo de impugnação aos Autos de Infração que exigem da interessada o recolhimento das seguintes importâncias, todas apuradas sob as regras do Simples, correspondentes ao ano calendário de 2005:

Tributo/Contribuição	Em R\$
IRPJ-Simples	19.214,69 (fl.02)
CSLL-Simples	32.012,25 (fl.12)
PIS/Pasep-Simples	19.214,69 (fl.22)
COFINS-Simples	64.024,54 (fl.32)
INSS-Simples	125.019,28 (fl.43)

Às exações supra, foram aplicadas multa de lançamento de ofício de 75% e juros de mora.

Como consta nos Autos de Infração, foi feito o lançamento de ofício a título de (i) omissão de receitas (receitas não escrituradas) e, também, (ii) em razão da omissão de receitas, por insuficiência de recolhimento dos impostos e contribuições apurados então pelo Simples.

De acordo com a descrição dos fatos no auto de infração do IRPJ-SIMPLES, temos:

Constatou-se no presente procedimento fiscal que a empresa deixou de oferecer à tributação do SIMPLES-Federal (Lei nº 9.317/96), valores mensais de receitas operacionais apuradas em seus livros de Registro de Saídas de Mercadorias e de Apuração do ICMS, valores esses corroborados por informações prestadas nas DIEF e também confessados à Secretaria da Receita Federal do Brasil-RFB, através de documento próprio em que a empresa confirma os valores constantes dos registros ora comentados.

Dessa forma, constatando-se neste procedimento as diferenças que não foram submetidas à tributação pelo SIMPLES-Federal, eis que os valores das Receitas informados na sua Declaração PJSI do Ano-Calendário de 2005 foram inferiores àqueles efetivamente auferidos nesse ano, estamos procedendo ao Lançamento de Ofício, para exigência das diferenças ora apuradas.

Em Demonstrativo anexo, estamos evidenciando as diferenças de Receitas quantificadas em cada mês do mencionado Ano-Calendário, a partir do qual também ficam delineados os acréscimos legais relativos à Multa de Ofício e aos Juros de Mora, estes à taxa Selic.

A autuada apresentou sua impugnação, acostada às fls. 271 a 463, que ora se resume:

- NULIDADE — AUSÊNCIA DA PROVA DA OMISSÃO;

- No processo não existe prova da omissão de receitas geradora do lançamento de ofício efetuado pela autoridade administrativa;

- Como já afirmamos, não houve auditoria fiscal por parte da Receita Federal. O fisco apenas utilizou de "prova emprestada", sem, contudo, como seria por dever de ofício, seu mister, aprofundar em sua auditoria para apurar a veracidade das informações que teriam sido obtidas em terceiros, ao que parece obtidas na Secretaria de Estado da Fazenda do Maranhão;

- Também, não temos conhecimento desta suposta "confissão a termo" que teria sido prestada pelo contribuinte à Secretaria da Receita Federal. E, se houve a formalização de tal documento, se de fato ele existe neste processo, certamente foi obtido de forma irregular;

- O que existe em todo o processo são simplesmente informações prestadas pelo próprio contribuinte pelos elementos que dispunha, e outros dados de terceiros trazidos pelo agente fiscal, sem quaisquer provas da origem e de sua veracidade;

- O fisco não apresentou outros elementos, que comprovasse como verídica a suposta omissão de receita, e como verdadeiras as suas conclusões. Apenas utilizou-se de dados de terceiros em comparação com os dados fornecidos pelo contribuinte, estabelecendo uma diferença a tributar, sem qualquer outro procedimento de auditoria com a profundidade necessária;

- O que houve neste lançamento, foi a utilização da presunção de omissão de receitas operacionais por parte da autoridade fiscal. E, diga-se de passagem, sem previsão legal para este tipo de acusação fiscal;

- São os seguintes Acórdãos, exarados pela própria Receita Federal, que corroboram esta nossa defesa no que tange a utilização indevida de "prova emprestada", sem quaisquer outros procedimentos fiscais; transcreve também ementas de julgados do extinto Conselho de Contribuintes (atual CARF);

- CERCEAMENTO DE DEFESA E INFRINGÊNCIA DE NORMA LEGAL;

- O contribuinte somente poderia ser acusado de omitir rendimentos, e sofrer o lançamento, após o prévio e regular procedimento fiscal, caso não fosse possível ao contribuinte se eximir da acusação fiscal. Mas não houve a acusação fiscal. Como já comprovado, o fisco apenas utilizou-se de provas emprestadas, apenas informações de terceiros, sem qualquer constatação desta suposta realidade;

- Outro fato relevante, em destaque neste procedimento fiscal, é que somente o após o Processo Administrativo Tributário poderia ocorrer sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Lei 9.317/96);

- Mais um fato relevante, caracterizador do Cerceamento do Direito de Deportanto, nulidade dos Autos, foi a retenção do PAT 10320.007238/2008-62 na seção de Fiscalização da DRF/São Luís, onde devem constar todos os elementos da acusação fiscal, sendo que a sede do contribuinte é em outro município, Santa Inês. Localidade onde deveria

permanecer o processo administrativo para consultas e pesquisas para a elaboração da defesa;

- Senhores Julgadores! Observem a localização do processo desde o dia 31/12/2008. O Processo Administrativo, segundo o Sistema de Processos do Ministério da Fazenda, em consulta formulada 04/02/2009 se encontrava e se encontra em São Luís, observem os grifos na consulta [...];

- DO MÉRITO

- CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO

- Há que se arguir ainda, no mérito, que faltou ao lançamento elementos essenciais ensejadores da certeza e liquidez do mesmo;

- O fisco tinha o dever de carrear aos autos as provas de que houve omissão de receitas, ou seja, não basta a suposta informação de terceiros, mas também, seria necessário comprovar se realmente existiram. A inversão do ônus da prova, obrigado ao contribuinte em trazer elementos suficientes para elidir o lançamento, somente é cabível quando o fisco se utiliza da presunção legal. O que não é o caso;

- No caso, o fisco não provou a existência do fato gerador além daquele informado pela empresa. Pelos documentos fornecidos pela própria contribuinte pode-se apenas constatar os valores contidos na Declaração PJSI 2006 – SIMPLES;

- Os valores declarados pelo contribuinte foram corretamente inseridos no Demonstrativo de Apuração de Omissão de Receitas — Simples Federal Ano Calendário 2005, na coluna Receitas Declaradas Simples-PJSI;

- Contudo, no mesmo Demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal, na coluna Receitas Apuradas — Fisco Federal, existem erros de transcrição de valores nos meses de fevereiro/2005, abril/2005 e novembro/2005, que segundo o agente fiscal foram obtidos na Dief da Secretaria do Estado da Fazenda MA;

- Há, pois, a incerteza do lançamento, o que impede seu nascimento;

- Não sendo a competência legal desta Delegacia de Julgamento em aperfeiçoar a apuração fiscal, pelos erros de transcrição nos referidos meses, se requer o cancelamento do lançamento efetuado;

- FORMA DE TRIBUTAÇÃO;

- Argumentando, se considerado válido os créditos constituídos, a autoridade fiscal não utilizou legalmente as alíquotas aplicáveis ao Simples Federal, com sua progressividade, como estabelecidas na Lei 9.317/96 e suas alterações posteriores pelas Leis 9.732/98 e 11.307/2006, o que torna o mesmo totalmente nulo, em face à sua obrigatoriedade vinculada do artigo 142 do CTN; enumera e exemplifica os eventuais erros cometidos na apuração fiscal:

Primeiro exemplo: o fisco apurou uma Receita Bruta em 01/2005 de R\$ 262.360,99, cujo percentual de tributação seria 5,4% sobre R\$240.000,00 e 5,8% sobre o

residual de R\$22.360,99. Contudo utilizou indevidamente as alíquotas de Partilha de 0,26% IR, 0,26% PIS e 2,28% INSS do inciso II alínea b do artigo 23 da Lei 9.317/96, ao invés de observar que para a Receita Bruta até R\$240.000,00 deveria ser aplicada a alínea a do artigo 23, com os seguintes percentuais 0,13% IR, 0,13% PIS e 2,14% INSS.

Segundo exemplo: no mês de abril/2005, cuja Receita Apurada pelo fisco foi de R\$281.794,92, cujos percentuais de tributação seriam 7,8%, 8,20% e 8,6%, pois a receita bruta acumulada segundo o fisco seria R\$ 1.188.368,30, porém o fisco utilizou alíquotas da Planilha de Partilha que somam no mês 8,6%. Ou seja, não obedeceu a progressividade da tabela, não utilizou as faixas de tributação.

Por fim, contesta a aplicação da multa de ofício em face de seu caráter confiscatório requerendo a redução para 20%, assim como não se conforma com a utilização da taxa de juros SELIC como fator de atualização de tributos, por entender sua aplicação ser ilegal e inconstitucional”.

Após a análise das razões apresentadas, os membros da 3ª Turma de Julgamento da DRJ/FNS julgaram improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos da ementa do Acórdão nº 07-34.979, a seguir transcrito:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2005

Receitas Declaradas. DIPJ. Receitas Escrituradas. Livro Fiscal.

Constatada a existência de receitas escrituradas em livro fiscal em montante superior às receitas informadas na DIPJ, correto o lançamento de ofício do imposto de renda incidente sobre as diferenças de receita omitida (base de cálculo do Simples Federal).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

Lançamento de Ofício. Multa Aplicável

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Juros de Mora. Aplicabilidade da Taxa SELIC.

Estando os juros lançados em absoluta conformidade com a legislação de regência, não podem ter seus percentuais reduzidos aleatoriamente pelo julgador administrativo, em virtude de alegada feição de inconstitucionalidade/ilegalidade da exigência de juros com base na taxa Selic. Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

Argüições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com a decisão retro, a interessada interpôs Recurso Voluntário apenas reiterando as razões apresentadas em 1ª instância administrativa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Relator.

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário.

Das Preliminares de Nulidade

A Recorrente alega ser nula a autuação por não restar comprovada a omissão de receitas, tendo a autuação se baseado em mera presunção, posto que não houve qualquer auditoria, ou qualquer aprofundamento sobre a matéria tributável, isto porque, o Fisco se limitou a comparar as informações prestadas pelo próprio contribuinte com aquilo que chama de “prova emprestada”, conforme Termos de fls. 70/74.

No mesmo sentido, aduz que: (i) só poderia ser acusada de omitir rendimentos após prévio e regular procedimento fiscal, o que não se verificou; (ii) a ausência de competência do Auditor Fiscal para excluir a empresa do Simples; (iii) cerceamento do direito de defesa por dificuldade de acesso ao processo que tramitava em DRF diferente do domicílio da Recorrente; e (iv) cerceamento do direito de defesa por omissão do julgado de primeira instância.

A respeito das nulidades o Decreto 70.235/72 dispõe:

“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”

Pois bem. No presente processo, os fatos relatados com relação à hipótese de cerceamento do direito de defesa não atraem a incidência do art. 52, inciso II, transcrito acima.

Primeiramente, constata-se a improcedência das alegações quanto à falta de aprofundamento da fiscalização, e quanto à impossibilidade de acusação sem prévio e regular procedimento fiscal, pois estas se referem à etapa do procedimento fiscal que, como a denominação sugere, é apenas uma etapa de instrução para um eventual processo futuro.

No procedimento fiscal, não há que se falar, em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, justamente por não haver, ainda, um processo. Nesta etapa preparatória, basta o convencimento da autoridade fiscal quanto à ocorrência do fato tributável e o consequente descumprimento da norma tributária. Vejamos a lição de James Marins:

“O procedimento administrativo fiscalizatório interessa apenas ao Fisco e tem finalidade instrutória, estando fora da possibilidade, ao menos enquanto mera fiscalização, dos questionamentos processuais do contribuinte. É justamente a presença, ou não, de uma pretensão deduzida ante ao contribuinte, o que separa o procedimento, atinente exclusivamente ao interesse do Estado, do processo, que vincula além do Estado, o contribuinte. Só quando houver uma vinculação do contribuinte far-se-á lícito aludir a processo, antes não. Corroborando tal assertiva, basta se atinar para que nem todo procedimento fiscalizatório irá conduzir necessariamente a uma exação, havendo clara separação entre os dois momentos” (Direito Processual Tributário Brasileiro, 4ª ed., p. 231)

Em relação à ausência de competência do Auditor Fiscal para exclusão da empresa do Simples Federal, destaca-se o próprio trecho colacionado a peça de Recurso Voluntário, vejamos:

“...estamos procedendo sua EXCLUSÃO DO SIMPLES-Federal (Lei n.º. 9.317/96), em procedimento específico, no qual lhe será assegurado o contraditório e ampla defesa, cujo rito será determinado pelo Decreto n.º. 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal federal. Quer isto dizer que no que tange ao Ano-Calendário de 2006, a empresa não poderá ser tributada pelo SIMPLES-Federal...”

Do trecho, fica claro que o procedimento de exclusão do simples será procedido após conferido o contraditório e ampla defesa no processo que lhe diga respeito. Ademais disso, a própria interessada reconhece, linhas atrás, que quanto ao trecho trata-se de uma “ameaça”; deixando claro a inexistência do suposto ato proferido por autoridade incompetente.

Outrossim, como atesta o próprio trecho acima transcrito, muito embora tenham ocorrido algumas falhas quanto ao conhecimento da Impugnação apresentada neste processo, verifica-se que a mesma foi sanada, tendo o recurso inicial sido julgado, bem como tendo sido ofertada a possibilidade de recurso a este Conselho, não restando caracterizado o cerceamento do direito de defesa alegado pela Recorrente.

Por fim, com relação à alegação de omissão da decisão recorrida quanto a todas as hipóteses de nulidade aventadas, em que pese a improcedência das mesmas, verifica-se que o julgador administrativo não está obrigado a enfrentar todos os argumentos apresentados pelo interessado, como já sedimentado na jurisprudência deste Conselho. A título exemplificativo, vejamos o seguinte precedente:

*NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA.
MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.*

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida (STJ, EDcl no MS 21315 / DF, S1 - DJe 15/06/2016).

Nesse sentido, rejeito as preliminares de nulidade.

Da Adoção das Razões do Acórdão n.º 07-34.979 - DRJ/FNS

Afastadas as preliminares de nulidade levantadas adoto as razões de decidir do acórdão recorrido, nos termos do parágrafo 3, do art. 57 do RICARF em vista da inexistência de novas razões de defesa apresentadas perante este Conselho. Segue a transcrição:

“Neste ponto, deve ficar bem claro que, no procedimento da fiscalização, não se utilizou qualquer documento de terceiros ou, conforme denominado pela doutrina e invocado pela Impugnante, de prova emprestada.

Na descrição dos fatos do Auto de Infração – IRPJ-Simples, consta que a base de cálculo que serviu para apuração do imposto devido e contribuições sociais, foi a própria receita da atividade da Contribuinte, então escriturada em seu próprio livro fiscal – Livro de Registro de Saídas de Mercadorias e de Apuração do ICMS.

Constatou-se no presente procedimento fiscal que a empresa deixou de oferecer à tributação do SIMPLES-Federal (Lei nº 9.317/96), valores mensais de receitas operacionais apuradas em seu livro de Registro de Saídas de Mercadorias e de Apuração do ICMS, “valores esses corroborados por informações prestadas nas DIEF e também confessados à Secretaria da Receita Federal do Brasil-RFB, através de documento próprio em que a empresa confirma os valores constantes dos registros ora comentados” (Auto de Infração).

A Impugnante alega que desconhece tal documento (confissão) e que o mesmo, segundo seu entendimento fora obtido de forma irregular.

Certamente a Impugnante está se referindo ao demonstrativo acostado aos autos à fl.101 e que ora se reproduz:

DEMONSTRATIVO DAS VENDAS NOS ÚLTIMOS 12 (DOZE MESES)	
JANEIRO	R\$ 262.360,99
FEVEREIRO	R\$ 246.253,86
MARCO	R\$ 397.958,73
ABRIL	R\$ 281.794,72
MAIO	R\$ 326.850,97
JUNHO	R\$ 189.456,97
JULHO	R\$ 225.562,28
AGOSTO	R\$ 242.642,71
SETEMBRO	R\$ 187.501,80
OUTUBRO	R\$ 210.148,95
NOVEMBRO	R\$ 317.626,82
DEZEMBRO	R\$ 251.589,74

Este demonstrativo encontra-se em papel timbrado da Contribuinte autuada e assinada por Antonio Vicente dos Santos, pessoa que consta como representante da Declaração de Rendimentos de Pessoa Jurídica (fl.82).

A reclamação da Contribuinte acerca deste demonstrativo é irrelevante, no caso, uma vez que ele apenas reproduz os valores de receita que constam nos seus próprios livros fiscais, ou seja, estas receitas são aquelas escrituradas no Livro Resumo da Apuração do ICMS – SEFAZ-MA (fls.102 a 113) e Livro Registro de Saídas – RS – Modelo P2 (fls.119 a 169).

*Estamos é diante de uma **prova direta e produzida pela própria Contribuinte**, quando escriturou suas receitas (venda de mercadorias – Código Fiscal –5102) no seu Livro Fiscal, ou seja, não se tratou de informações de terceiros e, muito menos de prova emprestada, como alegado pela Impugnante. De presunção de omissão de receitas então, passa-se longe de disto, a omissão é **material**.*

A autuação está baseada em informações prestadas pela própria Contribuinte, escrituradas por ela em seu livro fiscal, de forma que não se faça uso de jogo de palavras para amenizar a grave infração cometida pela Contribuinte.

*A empresa, ora Impugnante, tributava seu resultado pelas regras do **Simples Federal** no ano-calendário de **2005**, portanto, de apuração **mensal**.*

*O montante de receita de sua atividade que não foi declarada para fins de tributação em sua DIPJ/AC 2005, ao Fisco Federal, foi da ordem de **R\$ 2.646.826,34**, conforme **Demonstrativo de Apuração de Omissão de Receitas – SIMPLES FEDERAL** (fl.100), onde ali consta também a informação de que a receita declarada foi de **R\$ 492.922,20**, muito aquém da verdadeira, escriturada.*

*Causa estranheza a Impugnante alegar, também, a nulidade dos lançamentos por conta de cerceamento de direito de defesa: ora, tudo que aqui se mostrou não foi inventado e nem criado pela autoridade autuante, tratam-se de valores tributáveis extraídos dos próprios livros fiscais da Impugnante que, ressalte-se, em nenhum momento fez qualquer restrição quanto às informações contidas nos mesmos. Não nos olvidemos que se tratam de valores de receitas contidos em livros fiscais e relativos ao ano de **2005** e o Auto de infração foi lavrado em **2008**, de forma que, em face da clareza da situação ali posta, uma eventual intimação prévia (para esclarecimentos, por exe.) ao lançamento era totalmente desnecessária.*

*Ainda, todos os documentos fornecidos pela Impugnante no âmbito da presente Fiscalização foram-lhe devolvidos (v. **Termo de Devolução de Documentação Contábil/Fiscal**, fls.229/230) com ciência da Fiscalizada em 16/01/2009.*

Relativamente à outra alegação, de que o presente processo se encontrava em local (DRF/São Luiz/MA) que não o de seu domicílio tributário, este fato não tem a conseqüência que lhe atribui a Impugnante, até porque a lavratura do auto de infração efetivou-se pela DRF-São Luiz/MA. A Contribuinte recebeu todos os documentos/livros fiscais, conforme já destacamos e, ao tomar ciência do Auto de Infração e impugná-lo tempestivamente, neste momento instaurou-se o litígio e, conseqüentemente, o processo administrativo fiscal.

Já fartamente demonstrado, portanto, que o procedimento da Fiscalização foi legítimo, não há que se cogitar de nulidade do lançamento nos termos em que aventado pela Contribuinte.

Da exclusão do SIMPLES-FEDERAL

Consta no Auto de infração que a Contribuinte será excluída do SIMPLES-FEDERAL, em processo autônomo, portanto, não há o que se discutir neste processo.

Da alegação de erro na transcrição de valores, do livro fiscal para o demonstrativo de apuração do IRPJ

Segundo a Impugnante, teria havido um erro na transcrição de valores das receitas do livro ou da DIF para a apuração do IRPJ, e relativo aos meses de fevereiro, abril e novembro de 2005.

Não existe erro algum.

*No Demonstrativo de Apuração dos Valores Devidos IRPJ-Simples (fl.08), consta como base de cálculo em **fevereiro**/2005, o valor de R\$ 228.800,00 (omitido na DIPJ) e R\$ 23.453,86 (informado na DIPJ), que, somados, importa em **R\$ 246.253,86** que é o que está registrado no Livro Apuração de ICMS a fl.173 e Livro Registro de Saídas – SEFAZ/MA (fl.125).*

*No Demonstrativo de Apuração dos Valores Devidos IRPJ-Simples (fl.08), consta como base de cálculo em **abril**/2005, o valor de R\$ 254.352,00 (omitido na DIPJ) e R\$ 27.442,72 (informado na DIPJ), que, somados, importa em **R\$ 281.794,72** que é o que está registrado no Livro Apuração de ICMS a fl.177 e Livro Registro de Saídas – SEFAZ/MA (fl.136).*

*No Demonstrativo de Apuração dos Valores Devidos IRPJ-Simples (fl.09), consta como base de cálculo em **novembro**/2005, o valor de R\$ 229.872,76 (omitido na DIPJ) e R\$ 87.754,06 (informado na DIPJ), que, somados, importa em **R\$ 317.626,82** que é o que está registrado no Livro Apuração de ICMS a fl.191 e Livro Registro de Saídas – SEFAZ/MA (fl.163).*

Da alegação de erro na utilização das alíquotas do SIMPLES-FEDERAL

Segundo a Impugnante, a autoridade autuante teria utilizado alíquotas indevidas na apuração do imposto e contribuições (partilha do valor devido), em desacordo com a Lei 9.317/96 e alterações posteriores.

Traz os seguintes exemplos:

Primeiro exemplo: o fisco apurou uma Receita Bruta em 01/2005 de R\$262.360,99, cujo percentual de tributação seria 5,4% sobre R\$240.000,00 e 5,8% sobre o residual de R\$22.360,99. Contudo utilizou indevidamente as alíquotas de Partilha de 0,26 %IR, 0,26%PIS e 2,28% INSS do inciso II alínea b do artigo 23 da Lei 9.317/96, ao invés de observar que para a Receita Bruta até R\$240.000,00 deveria ser aplicada a alínea a do artigo 23, com os seguintes percentuais 0,13% IR, 0,13% PIS e 2,14% INSS.

Segundo exemplo: no mês de abril/2005, cuja Receita Apurada pelo fisco foi de R\$281.794,92, cujos percentuais de tributação seriam 7,8%, 8,20% e 8,6%, pois a receita bruta acumulada segundo o fisco seria R\$ 1.188.368,30, porém o fisco utilizou alíquotas da Planilha de Partilha que somam no mês

8,6%. Ou seja, não obedeceu a progressividade da tabela, não utilizou as faixas de tributação.

Relativamente ao mês de **janeiro/2005**, no **Demonstrativo de Apuração do Imposto/Contribuição Sobre Diferenças Apuradas** (fl.65), tem-se:

Base de Cálculo	(% Simples	Partilha do Simples (%)				
		IRPJ	PIS	CSLL	COFINS	INSS
107.639,01	5,00	-	-	1,00	2,00	2,00
142.360,99	5,80	0,26	0,26	1,00	2,00	2,28

A receita bruta auferida e acumulada dentro do ano-calendário, na importância de até **R\$ 120.000,00**, era considerada como limite para fins de enquadramento como **microempresa à época dos fatos geradores** (2005) e, segundo o disposto no art.5, inc.I, alínea “c” da Lei n. 9.317/96, o percentual do Simples era de 5%. Assim foi feito e distribuído conforme tabela acima (art.23, Inc.I, alínea “a”, da Lei n. 9.317/96), cuja base de cálculo considerada na autuação foi de **R\$ 107.639,01** [R\$ 120.000,00 (-) R\$ 12.360,99 – receita declarada e tributada].

Receita auferida superior ao limite de R\$ 120.000,00, já passa a empresa a ser considerada **empresa de pequeno porte** e passa a ter outro tratamento (entenda alíquotas diferentes).

A receita bruta acumulada (omitida + declarada) em janeiro de 2005 foi da ordem de R\$ 262.360,99, portanto, o percentual aplicável a ser considerado sobre a receita seria de **5,8%**, conforme art.5º, inc.II, alínea “b” da Lei n. 9.317/96. Assim foi feito e distribuído conforme tabela acima (art.23, Inc.II, alínea “b” da Lei n. 9.317/96), cuja base de cálculo considerada na autuação foi a diferença do que já foi considerado anteriormente, então tributou-se **R\$ 142.360,99** [R\$ 262.360 (-) R\$ 120.000,00].

A Impugnante equivocou-se em seu entendimento porque considerou a utilização de alíquotas sem observar os limites entre microempresa e empresa de pequeno porte.

No segundo exemplo trazido na Impugnação:

Segundo exemplo: no mês de abril/2005, cuja Receita Apurada pelo fisco foi de R\$281.794,92, cujos percentuais de tributação seriam 7,8%, 8,20% e 8,6%, pois a receita bruta acumulada segundo o fisco seria R\$ 1.188.368,30, porém o fisco utilizou alíquotas da Planilha de Partilha que somam no mês 8,6%. Ou seja, não obedeceu a progressividade da tabela, não utilizou as faixas de tributação.

A receita bruta acumulada (omitida + declarada) em março de 2005 foi da ordem de R\$ 906.573,58 (v. Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis Sobre a Receita Bruta, fl.56), portanto, o percentual aplicável a ser considerado sobre a receita até este mês seria de 7,80% (art.23, inc.II, alínea “g” da Lei n. 9.317/96).

Em abril de 2005, entretanto, a receita acumulada já se apresentava da ordem de R\$ 1.188.368,30 (v. Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis Sobre a Receita Bruta, fl.56), portanto, o percentual aplicável a ser considerado sobre a receita até este mês foi, corretamente aplicado, de 8,60% (art.23, inc.II, alínea “i” da Lei n. 9.317/96).

Não procedem as alegações, portanto, os percentuais foram utilizados corretamente e de acordo com a legislação da época dos fatos geradores (2005).

Da Multa de Ofício

Nos casos de lançamento de ofício, a regra geral é aplicar a multa típica a lançamentos desta natureza, de 75%, aplicada no caso presente.

*Com relação a alegação que esta penalidade, neste patamar, representa afronta ao preceito constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de **confisco**, pouco se tem a dizer.*

*A Constituição Federal, em seu art. 150, IV, veda a utilização de **tributo** com o efeito de confisco. Trata-se de limitação ao poder de tributar que visa evitar o excesso de carga tributária, que implique agravamento exagerado na situação do contribuinte. Porém, não existe um patamar pré-definido que permita dizer que um tributo tem ou não efeito confiscatório, cabendo essa valoração ao legislador ou, mediante provocação, ao órgão judicial competente. Assim, em primeiro plano, pode-se dizer que o princípio do não confisco é uma limitação imposta pelo legislador constituinte ao legislador infra-constitucional, não podendo este último instituir tributo que tenha efeito confiscatório, onerando excessivamente o contribuinte. Em segundo plano, o princípio dirige-se, eventualmente, ao poder judiciário, que deve aplicá-lo no controle difuso ou concentrado da constitucionalidade das leis.*

Portanto, não se pode dizer que o princípio esteja direcionado à administração tributária. Esta submete-se ao princípio da legalidade, não podendo se esquivar à aplicação de lei editada conforme o processo legislativo constitucional. Não cabe à administração tributária criar a lei, muito menos furtar-se a aplicá-la ou negar sua vigência.

A autoridade lançadora não deve nem pode fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento. O lançamento tributário é rigidamente regrado pela lei, ou, no dizer do art. 3º do CTN, é “atividade administrativa plenamente vinculada”. O que é determinante para a efetivação do lançamento é a ocorrência do fato gerador, e não a repercussão da exigência no patrimônio do contribuinte. Conforme o art. 142 do CTN, ocorrido o fato gerador a autoridade fiscal deve constituir o crédito tributário, calculando a exigência de acordo com a lei vigente à época do fato, não tendo repercussão a atual situação econômico-financeira do sujeito passivo.

Assim, não compete à instância administrativa a análise sobre a matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito confiscatório dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

*Em se tratando de falta de pagamento ou recolhimento de imposto/contribuição, apurada em procedimento de **ofício**, a autoridade lançadora deve aplicar a multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44 da Lei no 9.430, de*

27 de dezembro de 1996, não podendo deixar de aplicá-la ou reduzir seu percentual ao seu livre arbítrio.

De tal sorte, como as multas de ofício estão previstas em ato legal vigente, regularmente editado, descabida mostra-se qualquer manifestação deste órgão julgador no sentido do afastamento de sua aplicação/eficácia.

O princípio que norteia a imputação desta penalidade (típica ou qualificada) tem o condão de compelir o contribuinte a se afastar de cometer atos ou atitudes lesivos à coletividade, constituindo-se em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias.

No mais, a apreciação de argüições de inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação tributária foge à alçada das autoridades administrativas de qualquer instância, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da validade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo deste poder.

Não compete à instância administrativa a análise sobre a matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito confiscatório dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

A questão já foi, inclusive, objeto de súmula em instância administrativa superior, no caso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por meio da Portaria CARF de nº 106, de 21 de dezembro de 2009:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

De tal sorte, há que se ter como correta a aplicação da multa de ofício lançada, conforme consignada nos autos de infração.

Da utilização da Taxa SELIC

Quanto à alegação de que a imposição da taxa SELIC é ilegal, visto a ausência de lei específica e/ou a possibilidade de se fixar taxa diferente de 1% ao mês, conforme estabelecido no § 1º art. 161 do CTN, nada traz a contribuinte em sua defesa que lhe possa eximir dos juros de mora calculados com base na referida taxa.

A aplicação dos juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC está legitimamente inserida no ordenamento jurídico.

A Lei nº 8.981 de 23/01/1995 estabeleceu, no seu art. 84, I, que os juros de mora seriam equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional, relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna. A MP nº 947, de 23/03/1995, em seus arts. 13 e 14, alterou o disposto para juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, a serem aplicados a partir de

01/04/1995. A MP nº 972, de 22/04/1995, convalidou a Medida Provisória anterior e, finalmente, a Lei nº 9.065, de 21/06/1995, no seu art. 13, reafirmou o art. 13 das duas Medidas Provisórias mencionadas. Por último, os juros SELIC, foram ratificados pelo art. 61 da Lei nº 9.430/96, e vigoram até hoje.

Como se vê, a exigência de juros de mora calculados com base na taxa Selic foi prevista, de forma literal, em lei, não havendo como afastá-la. Cumpre que se declare, mais uma vez, os estreitos limites a que se encontra adstrito o julgador administrativo na apreciação da matéria em tela. Em razão de a ação fiscal ter se baseado em comandos constantes de disposições legais, não lhe cabe competência para analisar as referidas arguições de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, conforme já visto.

Na verdade, a exigência dos juros apurados a partir da Taxa SELIC está prevista, de forma literal, no artigo 13 da Lei no 9.065, de 20 de junho de 1995 e no § 3º do art. 61 da Lei no 9.430/1996 (dispositivo indicado no auto de infração, à fl. 310), não havendo como afastá-la sem expurgar, também, tais dispositivos literais de lei.

A questão já foi objeto de súmula em instância administrativa superior, no caso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por meio da Portaria CARF de nº 106, de 21 de dezembro de 2009:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Assim, cumpre que se declare, nesta instância, a improcedência das alegações da impugnante, referendando o feito fiscal naquilo que se relaciona com a aplicação da taxa SELIC como juros de mora”.

Conclusão

Face ao exposto, rejeito as preliminares aventadas e, no mérito, NEGÓ provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa

Processo nº 10320.007238/2008-62
Acórdão n.º **1302-002.924**

S1-C3T2
Fl. 824
