



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

Processo nº 10935.003790/2008-53
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-003.258 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de março de 2016
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO; SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO - SAT/GILRAT/ADICIONAL E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.
Recorrente BIG - MOTOS - COMERCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA MOTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 01/01/2007

NULIDADE DA ATUAÇÃO. ERRO FORMAL. INOCORRÊNCIA. O LANÇAMENTO SE DEU PELOS MEIOS ADEQUADOS EM CUMPRIMENTO À LEI DE REGÊNCIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO POR VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, LEGALIDADE E CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. O AUTO DE INFRAÇÃO ATENDE A TODOS OS REQUISITOS LEGAIS E CUMPRE O QUE DETERMINADO EM LEI. NULIDADE DO LANÇAMENTO, POIS EFETUADO FORA DO LOCAL DA INFRAÇÃO, ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE. A EXIGÊNCIA DE LAVRATURA DA AUTUAÇÃO NO LOCAL DA VERIFICAÇÃO DA FALTA, REFERE-SE A JURISDIÇÃO DO AGENTE FISCAL, NADA TENDO A VER COM OS ESTABELECIMENTO DO SUJEITO PASSIVO. A SELIC É APLICÁVEL AOS LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS. NOS PRESENTES AUTOS FOI APLICADA APENAS MULTA MORATÓRIA, SENDO INEXISTENTE APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO. O AGENTE AUTUANTE APENAS APLICOU A LEGISLAÇÃO QUE ESTABELECE A MULTA MORATÓRIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO E NADA MAIS. INEXISTINDO DELEGAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO A GRADAÇÃO DA MULTA.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Processo nº 10935.003790/2008-53
Acórdão n.º **2202-003.258**

S2-C2T2
Fl. 262

(Assinado digitalmente).

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Eduardo de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Wilson Antonio de Souza Correa (Suplente Convocado), Martin da Silva Gesto, Marcio Henrique Sales Parada.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP – DEBCAD 37.171.390-0, que objetiva o lançamento da contribuição social previdenciária, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, relativamente, a cota patronal e ao SAT/RAT, assim como a contribuição relativa a utilização de mão de obra de contribuintes individuais, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 22 a 24, com período de apuração de 01/2004 a 12/2006, conforme Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF, de fls. 38 e 39.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 28/05/2008, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, fls. 02.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição, as fls. 57, com razões impugnatórias, acostadas, as fls. 58 a 87, recebida, em 25/06/2008, conforme anotação de recepção, de fls. 57, estando acompanhada dos documentos, de fls. 88 a 95.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 96.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 06-32.325 - 7ª, Turma DRJ/CTA, em 20/07/2011, fls. 97 a 105.

Consta, as fls. 106, Termo de Apensação (2), onde se informa que esse processo foi juntado por apensação ao processo nº 10935.003789/2008-29.

A impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte foi cientificado do decisório de primeiro grau, em 09/08/2011, conforme AR, de fls. 109.

Os autos foram distribuídos, contudo o Conselheiro originário sorteado pelo despacho, de fls. 110, devolveu os autos a Secretária da 3ª Câmara, da 2ª Seção para que estes fossem saneados ante a incompletude da digitalização das peças processuais.

Consta, as fls. 111, Termo de Desapensação (2), onde se informa que esse processo foi desapensado do processo nº 10935.003789/2008-29, em 17/10/2012.

A DRF origem por intermédio da Informação Fiscal - IF, de fls. 257, esclarece que saneou o processo.

Os autos foram devolvidos ao CARF, fls. 258.

Irresignado o contribuinte impetrou Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 220, recebida, em 06/09/2011, conforme carimbo de recepção, de fls. 220, com razões recursais acostadas, as fls. 221 a 256, desacompanhado de qualquer documento.

As razões recursais são as que a seguir constam de forma sumariada.

Preliminarmente.

- que houve erro em formalidade necessária no lançamento, pois foi lavrado auto de infração e deveria ter sido lavrada notificação fiscal de lançamento de débito, pois trata-se de obrigação principal, requer-se, assim, a anulação do crédito;
- que o lançamento é nulo, pois não observou o devido processo legal e a legalidade;
- que o agente fiscal praticou cerceamento de defesa, pois não demonstrou a infração cometida, havendo uma miscelânea de leis, mas não há individualização da falta de recolhimentos, sendo nula a peça fiscal por falta de indicação dos motivos de fatos e os dispositivos específicos infringidos;
- que o auto é nulo, pois lavrado fora do domicílio fiscal do autuado, pois a lavratura não deu na sede da empresa;

Mérito.

- que a aplicação da SELIC na seara tributária é a um só tempo inconstitucional e ilegal, devendo-se observar o artigo 161, §1º, do CTN;
- que no presente caso não é cabido a cobrança de multa de ofício, pois as multas moratórias possuem nítido caráter punitivo, editando o STF a Súmula 565, não podendo tais multas apresentarem natureza de confisco e violarem a capacidade contributiva do sujeito passivo;
- que o Estado não pode atribuir ao seu agente o dever de gradação da multa, devido ao princípio da indelegabilidade e vinculatividade da atividade tributária, havendo vício de nulidade da autuação, devendo-se aplicar o artigo 112, do CTN;
- que a Súmula 14 do Primeiro Conselho de Contribuintes demonstra que não havendo a tipificação dolosa não cabe a imposição de multa de ofício, devendo ser aplicada a multa do artigo 61, §2º, da Lei 9.430/96, na redação da Lei 9.532/97 ou alternativamente as formas de correção para as contribuições sociais, afastando a multa de ofício por falta de dolo ou fraude;
- que inexistindo o principal, não há que se falar em multa, merecendo o crédito repúdio pelo inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada, por violação a proibição do confisco, ordem econômica, proporcionalidade e moral pública, deve, assim a multa ser afastada;
- Dos pedidos e requerimentos: a) receber e processar o recurso; b) que em razão das manifestas nulidades, inconstitucionalidades e ilegalidades seja o crédito cancelado, inclusive, pela inadequação da via eleita; c) que seja afastada a aplicação da SELIC, aplicando-se o

Processo nº 10935.003790/2008-53
Acórdão n.º **2202-003.258**

S2-C2T2
Fl. 265

artigo 161, §1º, do CTN; d) que a multa de ofício seja afastada, pois as diferenças advém da migração do SIMPLES NACIONAL; e) aplicação somente das atualizações aplicáveis às contribuições sociais, artigo 61, §1º, da Lei 9.430/96; f) protesta-se pela juntada de documentos novos, se necessários.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Retenção.

O presente processo ficou retido e sua solução foi retardada em razão dos recentes acontecimentos que afetaram o normal funcionamento do CARF, situação, absolutamente, fora do alcance do presente conselheiro.

Delimitação da Lide.

No presente Processo Administrativo Fiscal – PAF não se está discutindo a exclusão da empresa do sistema SIMPLES, mas sim a regularidade dos lançamentos efetuados em razão dessa exclusão.

A exclusão do sistema SIMPLES não comportaria discussão na via administrativa, pois foi levada diretamente a discussão judicial, conforme informa a recorrente em sua peça recursal, bem como se verifica no anexo ao presente, SENTENÇA judicial de improcedência do pedido, Apelação Civil ao TRF3 negada.

Verifiquei, ainda, em pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça - STJ que o RESP 1.294.468 - em decisão monocrática do E. Ministro Castro Meira - teve o seguinte resultado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial. Brasília, 05 de dezembro de 2011. (grifo do original)

Observei, também, que o AgRG no RESP 1.294.468 - PR teve a seguinte decisão.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator. (grifo meu).

Melhor sorte não teve o Recurso Extraordinário interposto contra o Acórdão do TRF3, bem como do recurso para a subida desse.

ARE 684220 (FÍSICO).

Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando, ainda, precedentes específicos sobre a matéria em exame (AI 738.357/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AI 807.221/PE, Rel. Min. LUIZ FUX – RE 596.543/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.), conheço do presente agravo, para negar-lhe provimento, eis que correta a decisão que não admitiu o recurso extraordinário a que ele se refere (CPC, art. 544, § 4º, II, “a”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010).

Publique-se.

Brasília, 08 de maio de 2012.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

ARE 786187 - PR (ELETRÔNICO).

De outro lado, o acórdão recorrido decidiu a controvérsia à luz dos fatos e das provas existentes nos autos, circunstância esta que obsta o próprio conhecimento do apelo extremo, em face do que se contém na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 544, § 4º, II, “b”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010). (grifo do original).

Publique-se.

Brasília, 28 de novembro de 2013.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Assim sendo, a alegação de que há ação judicial em andamento aguardando decisão não procede e não inviabiliza o presente julgamento.

Preliminares.

O lançamento está devidamente constituído e pelo meio adequado.

Na seara do lançamento dos créditos previdenciários o Decreto 70.235/72 passou a ser aplicado com a entrada em vigor da Lei 11.457/2007, bem como pela aplicação da antecipação dos efeitos promovida pelo 6.103/2007.

Assim sendo, da leitura do artigo 9º do Decreto 70.235/72 esse é aplicável de forma indistinta para auto de infração ou notificação de lançamento, pois ambos os tipos de lançamentos são contemplados em seus dispositivos, bem como para obrigação principal - tributos ou obrigação acessória penalidades, ou seja, tanto tributo, quando penalidade podem ser lançados por auto de infração ou notificação de lançamento não há uma forma única e determinada.

Ao se continuar a leitura do decreto em seu artigo 10, verifica-se que a exigência é que o auto de infração seja lavrado por servidor, ou seja, agente fiscal, podendo esse lançar tributo ou penalidade ou ambos.

Por fim o artigo 11 do citado diploma fala em notificação de lançamento expedida pelo órgão da administração, ou seja, não fala em agente, mas não limita a tributo ou penalidade, pois ambos podem ser lançados por esse meio.

Evidente, assim, que o lançamento tendo sido realizado por agente fiscal - servidor competente - o lançamento por Auto de Infração é o meio adequado.

Assim sendo, rejeito a preliminar.

O lançamento seguiu os trâmites e rito determinado na legislação de regência, basta observar as peças do processo.

- o contribuinte foi intimado pelo TIAF, de fls. 38 e 39, do início da fiscalização e dos documentos a apresentar;
- findo o procedimento fiscal foi cientificado pelo TEAF, de fls. 40 e 41;
- recebeu cópia do lançamento, fls. 02, com todos os seus anexos, inclusive, o Relatório Fiscal - REFISC, de fls. 22 a 24;
- por fim exercitou o contraditório e ampla defesa impugnação e o presente recurso.

Desta forma, fica evidente que o devido processo legal e legalidade foram atendidos, com esses esclarecimentos rejeito essa preliminar.

O relatório Fundamentos Legais do Débitos – FLD, de fls. 17 e 18, indica separados por rubricas, os diversos dispositivos legais aplicáveis ao crédito em seu período de lançamento, informando a competência de fiscalizar, arrecadar e cobrar; a fundamentação da contribuição da empresa em relação aos empregados, contribuintes individuais e ao SAT; os acréscimos legais multa e juros separados e por fim o prazo e obrigação de recolhimento tudo de forma bem clara, lógica e simples, eventual dificuldade de interpretação pelo sujeito passivo é de sua total responsabilidade e não do fisco.

Aliás, no Relatório Fiscal - REFISC, de fls. 22 a 24, logo no item 1, subitem "a", "b" e "c" o agente lançador discriminou de forma cristalina os dispositivos, conforme a seguir transcrito, constante nesse mesmo relatório todos os demais elementos, bem como nas várias outras peças que constituem os autos.

1. Este relatório integra os presentes Autos de Infração, cujo objetivo é apurar e constituir as seguintes contribuições sociais:

a) contribuições a cargo da empresa, destinadas A Seguridade Social, para o Fundo de Previdência e Assistência Social — FPAS (inciso I e III do artigo 22 da Lei 8.212/1991), por meio do Auto de Infração DEBCAD nº. 37.171.390-0;

b) contribuições a "cargo da empresa, destinadas A Seguridade Social, para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa em razão dos riscos ambientais do trabalho (inciso II do artigo 22 da Lei 8.212/91), por meio do Auto de Infração DEBCAD nº. 37.171.390-0;

c) contribuições devidas a outras entidades, cobradas mediante convenio (art 94 da Lei 8.212/91 e art. 3º da Lei 11.457/2007), de acordo com a atividade da empresa, que são o Fundo Nacional para Desenvolvimento da Educação - FNDE, aqui identificado como Salário Educação, INCRA, SESI, SENAI e SEBRAE (diversas leis constantes do relatório de fundamentos legais em anexo), por meio da Informação Fiscal de Débito DEBCAD nº. 37.171.388-9.

A preliminar foi rejeitada, pois improcedente.

O local da infração não exige que o auto seja lavrado dentro do estabelecimento do sujeito passivo, pela simples razão de que o agente não dispõe de meios físicos para tal, tendo sim relação com a jurisdição do agente, pois é na repartição que esse dispõe do necessário aparelhamento para o cumprimento de seu mister, isso é o que diz o jurisprudência dos TRF's e a Súmula CARF nº 06, os quais transcrevo.

TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. ZONA FRANCA DE MANAUS. CONSUMO DE PRODUTO ESTRANGEIRO INTRODUZIDO CLANDESTINAMENTE NO PAÍS. LOCAL DA AUTUAÇÃO. DECRETO 70.235/72, ART. 10. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS EM CONTRÁRIO. 1. O art. 10 do Decreto 70.235/72 especifica que o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta (...), sendo correta a ação fiscal que procede à imediata autuação na localidade em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte. 2. Não há cerceamento do direito de defesa quanto à abertura da ação fiscal quando o Termo de Início de Fiscalização comprova que o procedimento administrativo foi iniciado com observância de todos os elementos necessários à defesa do autuado, o qual foi intimado para juntar documentos antes de qualquer medida impositiva. 3. Não há dúvidas quanto à capitulação legal da infração quando esta ficou especificada de forma minuciosa no auto de infração lavrado pela autoridade administrativa. 4. Constitui ônus do administrado provar eventuais erros existentes no lançamento, sendo que a ausência de comprovação enseja a rejeição das alegações que buscam desconstituí-lo. 5. Tratando-se de entrada clandestina de produtos no País, por ter a empresa negligenciado documentação relativa à sua entrada, caberia à autuada juntar prova de que os produtos encontrados pela fiscalização tiveram sua entrada regular, notadamente em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos. 6. Apelação a que se nega provimento. (AC 199732000026357, JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDAO (CONV.), TRF1 - OITAVA TURMA, 19/03/2010) (grifei).

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. PRELIMINARES. LOCAL DA LAVRATURA. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL. INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. DESNECESSIDADE. INOVAÇÃO EM SEDE DE RECURSO. MOTIVAÇÃO SUCINTA DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA DAS PESSOAS JURÍDICAS. 1 – Não há que se falar em nulidade do auto de infração forte estarem presentes os requisitos insculpidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, atendendo-se perfeitamente as ordens emanadas do diploma legal. 2 - O conceito de “local da lavratura” está vinculado ao conceito de jurisdição e, conseqüentemente, de competência do autuante. Assim, é irrelevante se a lavratura do auto se dá no estabelecimento onde se verifica a falta ou em outro lugar, conquanto esta se faça por servidor competente, dentro da circunscrição fiscal pertinente, contendo a disposição legal infringida e a penalidade aplicada, dando-se ao autuado acesso a todos os elementos que fundamentaram a autuação de modo a garantir a correta tipificação do fato e adequação no enquadramento legal da infração verificada viabilizando a ampla defesa. 3 - O que habilita o fiscal para o exercício da função de auditor é seu ingresso na carreira através de concurso público, e não a inscrição em um Conselho Profissional. Assim, prescinde de inscrição em Conselho Regional de Contabilidade para desempenhar suas funções, dentre as quais a de fiscalização contábil das empresas. 4 – Infere-se que os argumentos aduzidos pela recorrente com relação ao PIS destoam da causa petendi que fundamentou a inicial, havendo inegável inovação do pedido no recurso. 5 – O magistrado a quo se manifestou, ainda que fragilmente, em relação a todos os pontos constantes da inicial, externando a orientação que se lhe afigurava mais adequada. É importante observar que ao se decidir a causa o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes se já houver encontrado motivo suficiente para fundamentar seu decisum. 6 - Do que se infere dos autos, ocorrido o fato gerador e vencido o prazo legal, o pagamento não foi feito pela apelante, motivo pelo qual deixa de ser aplicável o § 4º, do art. 150, incidindo na espécie, a regra geral do inciso I, do artigo 173, ambos do Código Tributário Nacional. Assim, possui a autoridade administrativa o prazo de cinco anos, a contar do ano seguinte àquele em que o contribuinte deveria ter realizado o pagamento, para constituir o crédito tributário. Logo, in casu, não transcorreu o prazo decadencial de cinco anos. 7 – Remessa e recurso conhecidos e desprovidos. (AC 9502307453, Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, TRF2 - SEXTA TURMA, 05/01/2005 (destaquei)).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO FORA DA EMPRESA. MULTA MORATÓRIA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. JUROS DE MORA. - Não é anulável auto de infração lavrado fora da sede ou do domicílio da autuada,

podendo o mesmo ser emitido por órgão da Fazenda Pública se lá o agente fiscal dispunha de elementos necessários e suficientes para a caracterização da infração e formalização do lançamento tributário, nos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72. - Não cabe ao Judiciário reduzir multa fiscal moratória se ela é imposta com base em graduação objetivamente estabelecida pela lei, porquanto não pode o juiz atuar como legislador positivo. Não há denúncia espontânea se o lançamento se deu por iniciativa do fisco, sem que tenha havido qualquer ato anterior do contribuinte com relação ao débito. - O índice de juros de 12% ao ano é norma constitucional dependente de regulamentação, sendo inviável a observância do limite estabelecido no art. 192, § 3º da CF/88 sem que haja a devida regulamentação legislativa. - Apelação desprovida. (AC 200204010403598, JOÃO SURREAUX CHAGAS, TRF4 - TURMA ESPECIAL, 09/09/2004) (realcei).

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO REGULAR. ARBITRAMENTO DE LUCRO. MULTA. TAXA SELIC. 1. Não há ilegalidade na elaboração de auto de infração fora do estabelecimento comercial, se o contribuinte tomou conhecimento total do conteúdo do mesmo, através de notificação pessoal, com a entrega de cópia do original. 2. Não configurada a decadência do direito de constituição do crédito tributário, eis que não transcorrido o prazo de 5 anos entre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia se efetuar o lançamento (art. 173, I, CTN) e a notificação de lançamento de tributo realizada pelo Fisco. 3. Mesmo as empresas optantes pelo regime de tributação com base em lucro presumido são obrigadas a manter os livros e demais documentos referentes as suas escriturações contábeis, nos termos da legislação fiscal e comercial, portanto, há não há ilegalidade no arbitramento do lucro realizado pela Fazenda, em face da não apresentação de tais documentos. 4. O art. 150, inciso IV, da Constituição Federal trata apenas da exação tributária com caráter confiscatório, não se referindo, em momento algum, à multa. 5. Não é ilegal a utilização da Taxa Selic, desde que aplicada sem a acumulação de outros índices de juros ou de correção monetária. 6. Apelação improvida. (AC 200185000044425, Desembargador Federal Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, 03/10/2005) (negritei).

Súmula CARF nº 6: É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

Também, rejeito essa preliminar.

Mérito.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 343/2015

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Por fim, apenas para sedimentar de vez a impossibilidade do reconhecimento de inconstitucionalidade por órgão administrativo, basta ler o que disse o Supremo Tribunal Federal – STF ao tratar da competência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que apesar de órgão da estrutura do judiciária exerce competência administrativa e não judicial, artigo 103-B, parágrafo 4º, da CRFB/88.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE.
ATRIBUIÇÃO ESTRANHA À ESFERA DE COMPETÊNCIA**

DESSE ÓRGÃO DE PERFIL ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO ULTRA VIRES. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO). AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA, PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM SER DESCONSIDERADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LIMINAR MANDAMENTAL E A QUESTÃO DA INVESTIDURA APARENTE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA BOA-FÉ OBJETIVA. CONSEQUENTE SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E/OU JURISDICIONAIS PRATICADOS EM DECORRÊNCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR, AINDA QUE EVENTUALMENTE DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

D.2. Indevido exercício da atividade de controle de constitucionalidade e descumprimento do dever de zelar pelo cumprimento da LOMAN. **Essa Suprema Corte, por diversas vezes, já declarou ser vedado ao CNJ o exercício de atividade de controle de constitucionalidade, por tratar-se o Conselho de órgão com natureza administrativa.** Nesse sentido, em recente decisão, proferida nos autos da medida cautelar no MS 32582, deixou claro o Ministro Celso de Mello que **o CNJ não dispõe de competência para exercer o controle incidental ou concreto de constitucionalidade (muito menos o controle preventivo abstrato de constitucionalidade) dos atos do Poder Legislativo.** Inobstante, na hipótese presente, como já referido, para a prolação da decisão aqui combatida, o CNJ afastou do ordenamento jurídico pátrio o disposto no artigo 99 da LOMAN que, conforme esclarecido adiante, chancela de forma explícita a correção da atuação do primeiro impetrante, declarando uma suposta inconstitucionalidade do mesmo dispositivo e negando efeitos à sua vigência. Ademais, **além do exercício indevido de atividade de controle de constitucionalidade, ao negar vigência a dispositivo da LOMAN,** deixou o CNJ, ainda, de exercer competência indelével de zelar pelo cumprimento daquele estatuto, competência esta que lhe é conferida, também de forma explícita, pelo disposto no artigo 103-B, § 4, inciso I, da Constituição: (STF - MS: 32865 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/06/2014, Data de Publicação: DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014)

Evidente, assim, que o CARF apesar de órgão judicante, mas por exercer essa competência apenas na função administrativa e não judicial não detém competência para o controle de constitucionalidade seja ele difuso ou concentrado.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de inconstitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

A utilização da taxa SELIC é absolutamente admitida e normal na esfera tributária.

O artigo 34, da Lei 8.212/91, assim o determinava, bem como é admitida pela Súmula 4 do CARF e pelos nossos tribunais superiores – STJ e STF.

Aliás, o próprio CARF tem Súmula sobre o assunto.

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

O STJ assim se posiciona, sendo inclusive compatível com o artigo 161, § 1º da Lei 5.172/66 para este tribunal superior.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. 1. "Avaliar a necessidade da produção de prova pericial atrai o óbice contido na Súmula 7/STJ, haja vista tal providência demandar o revolvimento do substrato fático-probatório permeado nos autos" (AgRg no Ag 989.493/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23/06/2008). 2. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA que aparelha a execução fiscal demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ. 3. É inaplicável o benefício do art. 138 do CTN ao tributo confessado e não-pago pelo contribuinte. 4. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp. n. 1.111.175/SP, de relatoria da Ministra Denise Arruda, pacificou entendimento, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, no sentido da legalidade da Taxa Selic, a qual incide sobre o crédito tributário a partir de 1º.1.1996 - não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária - tendo em vista que o art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95 preenche o requisito do § 1º do art. 161 do CTN. 5. O presente agravante regimental tratou, também, de questões diversas daquelas pacificadas em sede de recurso repetitivo, pelo que deixo de aplicar a multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC. 6. Agravo regimental não provido. (AGA 200900895519, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/09/2010) (grifo meu).

A SELIC em julgamento do STF no sistema da Repercussão Geral Tema nº 214, no RE 212.209, em 08/06/2011, foi considerada cabível e compatível com a seara tributária, conforme sua página de notícias, assim pensa, também, o STJ, observe-se os textos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou, ontem, quarta-feira (18), por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 582461, interposto pela empresa Jaguar Engenharia, Mineração e Comércio Ltda. contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que entendeu que a inclusão do valor do ICMS na própria base de cálculo do tributo – também denominado “cálculo por dentro” – não configura dupla tributação nem afronta o princípio constitucional da não cumulatividade.

No caso específico, a empresa contestava a aplicação, pelo governo de São Paulo, do disposto no artigo 33 da Lei paulista nº 6.374/89, segundo o qual o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.

*Súmula Em 23 de setembro de 2009, o Plenário do STF reconheceu **repercussão geral** à matéria suscitada no RE. Após a decisão do RE, o presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, propôs que fosse editada uma súmula vinculante para orientar as demais cortes nas futuras decisões de matéria análoga. Assim, uma comissão da Corte vai elaborar o texto da súmula para ser posteriormente submetido ao Plenário.*

O caso A decisão da Justiça paulista afastou a alegação da empresa de que o artigo 13, parágrafo 1º, da Lei Complementar (LC) nº 87/96 (que prevê a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo), bem como o artigo 33 da lei paulista nº 6.374/89, no mesmo sentido, conflitariam com a Constituição Federal (CF) no que diz caber a lei complementar definir os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos.

***Considerou legítima, ainda, a aplicação da taxa Selic e da multa de 20% sobre o valor do imposto corrigido.** (grifos meus).*

Esta casa de justiça vem assim decidindo.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ESCLARECIMENTOS. Em se tratando de situação concreta a reclamar esclarecimentos, impõe-se prover os declaratórios sem o empréstimo de eficácia modificativa. **TAXA SELIC – DÉBITO TRIBUTÁRIO. O Tribunal, na sessão plenária de 18 de maio de 2011, apreciando o Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, assentou a legalidade da aplicação da taxa Selic para fins tributários.** (AI 760894 AgR-ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO

ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RET v. 15, n. 85, 2012, p. 139-141). (realce meu)

Evidente, pois que a aplicação da SELIC é plenamente admissível ao caso.

No presente crédito não foi aplicada multa de ofício, mas apenas multa moratória, pois na época do lançamento assim dizia a lei.

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: ~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) quatro por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;

b) sete por cento, no mês seguinte;

c) dez por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;

~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

b) quatorze por cento, no mês seguinte; ~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; ~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) doze por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) quinze por cento, após o 15º dia do recebimento da notificação;

c) vinte por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;

d) vinte e cinco por cento, após o 15º dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; ~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; ~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; ~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; ~~(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).~~

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) trinta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;

b) trinta e cinco por cento, se houve parcelamento;

c) quarenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal,

mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;
d) cinquenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

§ 1º Na hipótese de parcelamento ou reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ou seja, nada mais se fez do que cumprir a lei e o pleito do contribuinte em aplicar as correções determinadas em lei para as contribuições sociais previdenciárias.

O Estado não atribuiu ao agente a gradação da multa, o agente apenas aplicou o que determinado em lei ao caso concreto e nada mais.

O artigo 112, da Lei 5.172/66 não se aplica ao caso, pois não há nenhuma dúvida em relação aos seus pressupostos.

Não há o que dizer quanto a tipificação dolosa, pois como dito e demonstrado não há nos autos aplicação de multa de ofício, ocorrendo divórcio ideológico entre a autuação e a tese recursal, nos termos postos pelo STF, que a seguir colaciono.

Decisão do STF.

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O RECURSO DE AGRAVO DEVE IMPUGNAR, ESPECIFICADAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. - O recurso de agravo a que se referem os arts. 545 e 557, § 1º, ambos do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, deve infirmar todos os fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão agravada. O descumprimento dessa obrigação processual, por parte do recorrente, torna inviável o recurso de agravo por ele interposto. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apóia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes.(AI-AgR 440079, CELSO DE MELLO, STF)

A origem do crédito está demonstra e elucidada em seus vários relatórios componentes, assim a alegação de inexistência da multa por inexistência do tributo é alegação genérica desprovida de fundamentos, que, também padece do divórcio ideológico acima referido.

Processo nº 10935.003790/2008-53
Acórdão n.º **2202-003.258**

S2-C2T2
Fl. 279

Indefiro o pedido de produção de prova posterior, pois o parágrafo 4º, do artigo 16, do Decreto 70.235/72 estabelece o momento processual de fazê-lo, ocorrendo a preclusão quanto a esse direito, bem como tal providência se apresentaria inútil.

Postos os esclarecimentos supramencionados considerado improcedente todos os pedidos da recorrente.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, rejeitando as preliminares, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

ANEXO AO ACÓRDÃO**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº 2009.70.04.000117-3/PR**

AUTOR : BIG MOTOS COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA MOTOS LTDA
: PEGASUS INDÚSTRIA DE PEÇAS PARA MOTOS LTDA - ME
ADVOGADO : EDILSON JAIR CASAGRANDE
RÉU : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA**I. RELATÓRIO**

Trata-se de ação proposta por BIG MOTOS COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA MOTOS LTDA e PEGASUS INDÚSTRIA DE PEÇAS PARA MOTOS LTDA - ME em face da UNIÃO-FAZENDA NACIONAL, com pedido, inclusive em sede de antecipação de tutela, de declaração de nulidade do processo administrativo em que foi declarada a sua exclusão do SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - e, conseqüentemente, a anulação do ato declaratório de exclusão, bem como do respectivo auto de infração.

Transcrevo o pedido em seus exatos termos: "(...)Seja confirmada a liminar concedida (tutela antecipada) e julgar procedente o pedido das autoras para declarar a nulidade do ato declaratório nº 22 e 23/2007 (anexos) por não terem obedecido o devido processo legal (contraditório) em desfavor das autoras e , conseqüente, declarar a nulidade dos créditos tributários constantes dos autos de infração n.º 10.935.003344/2007-68 (Lucro Arbitrado), Auto de Infração DEBCAB n.º 37.171.390-0 (Contribuição Previdenciária - falta de retificação da GFIP - em razão da exclusão do SIMPLES), Auto de Infração DEBCAB n.º 37.171.391-9 (Contribuição Previdenciária - Valores de GFIP não alterados), Auto de Infração DEBCAB n.º 37.171.389-7 (Diferenças de Contribuições Previdenciárias em razão do desenquadramento do SIMPLES), em nome da primeira Autora, e também os Auto de n.º 10.935.003340/2007-80 (Lucro Arbitrado), advindo em razão exclusão do SIMPLES e auto de Infração DEBCAB n.º 37.143.732-6 (cobranças de contribuições previdenciárias - de 01/2004 a 07/2007) relativos a segunda autora, referentes á diferença entre o recolhimento tributário normal e o recolhimento pelo SIMPLES, apurada nas anos calendários de janeiro de 2004 a julho de 2007, frente a afronta ao princípio do contraditório, consubstanciado ma falta do devido processo legal".

Sustentam, em suma, a nulidade dos Atos Declaratórios nº 22/2007 e nº 23/2007, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa,

pois primeiro veicularam sua exclusão do SIMPLES e só depois abriram prazo para defesa. Mencionam a necessidade de indicação, no ato fiscal, de todos os dispositivos legais infringidos, sob pena de nulidade. Afirmam que a referida exclusão, sem prévia oportunidade para defesa, também configura ofensa à proporcionalidade, à razoabilidade e à moralidade pública, bem como abuso de direito.

Deram à causa o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais) e juntaram os documentos de fls. 39/319.

A decisão de fls. 320/321 indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

A parte autora ingressou com embargos de declaração (fls. 324/328), contra a certidão de decurso para a parte recorrer da decisão, indeferido por incabível embargos contra despacho de mero expediente (fl. 329).

A ré apresentou contestação às fls. 333/348. Sucintamente, aduziu que a exclusão deu-se com amparo nos dispositivos legais vigentes à época. E que não houve violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, uma vez que foi aberta às autoras oportunidade de defesa.

Impugnação à contestação às fls. 338/340.

As partes não requereram produção de provas e o despacho de fl. 348 determinou o julgamento antecipado da lide.

Vieram os autos para sentença.

É relatório do essencial. Decido.

II. FUNDAMENTAÇÃO

O SIMPLES consiste num sistema de recolhimento simplificado de tributos destinado às micro e pequenas empresas, ante a significativa e complexa gama de tributos a que as pessoas jurídicas estão sujeitas no Estado Brasileiro.

A Constituição de 1988 conferiu tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte, ao dispor em seu art. 179:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em Lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Revogada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a Lei nº 9.317/96 regulava, à época dos fatos, o tratamento diferenciado e simplificado das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Referido tratamento diferenciado possui evidente natureza isentiva, utilizada exatamente para satisfazer o objetivo almejado, qual seja, o tratamento diferenciado determinado pelo dispositivo constitucional. O art. 2º traz os limites de faturamento para delimitar o direito das empresas à adesão ao SIMPLES:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

I - microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais).

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Entretanto, a própria Lei nº 9.317/96, em seu art. 9º, inciso I e II, previa que a empresa que extrapolasse o limite de faturamento máximo deveria comunicar o fato, requerendo seu reenquadramento ou exclusão do SIMPLES, conforme o caso. Não havendo essa comunicação, cabe a exclusão de ofício, conforme artigo 14, ora transcrito:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

No presente caso, as autoras foram excluídas de ofício do SIMPLES por terem ultrapassado o faturamento máximo permitido por três anos consecutivos (2003, 2004 e 2005) sem que fosse feita a alteração cadastral prevista no artigo 13, § 1, da lei em comento.

Ao proferir decisão negando os efeitos da tutela antecipatória, o nobre colega Bruno Henrique Silva Santos assim se manifestou (fls. 320/321):

"A Lei nº 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, estabelece, no seu art. 15, § 3º (incluído pela Lei nº 9.732/98), que a exclusão de ofício desse sistema dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo:

"§ 3º. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo."

Na hipótese, de acordo com o Ato Declaratório nº 22/2007 (fl. 62), a autora Big Motos Comércio de Peças e Acessórios para Motos Ltda foi excluída do SIMPLES, sob o fundamento de que nos anos calendários de 2003, 2004 e 2005 a sua receita ultrapassou o limite previsto no art. 2º, II, da Lei nº 9.317/96 e não foi feita a alteração cadastral prevista no art. 13, § 1º, da referida lei.

O Ato Declaratório nº 23/2007 (fl. 69), por sua vez, demonstra que a autora Pegasus Indústria de Peças para Motos Ltda foi excluída do SIMPLES por iguais razões.

Desde logo se vê que os indigitados atos trazem em seu bojo a indicação dos dispositivos legais infringidos, não havendo qualquer irregularidade quanto a esse aspecto.

No que concerne à oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa, os atos declaratórios em comento contêm, ao final, a seguinte observação:

"O contribuinte poderá, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência deste ato, apresentar impugnação à DRJ/Curitiba/PR, assegurando-se assim o contraditório e a ampla defesa.

Não havendo manifestação neste prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva."

Em nenhum momento as autoras negam ter sido intimadas acerca da exclusão e/ou para apresentar impugnação. Noticiam, inclusive, que "a ciência da exclusão deu-se na data 11.07.07" (fl. 03).

À primeira vista, portanto, o contraditório e a ampla defesa foram assegurados às autoras na via administrativa, sendo irrelevante que tal tenha ocorrido somente após a aludida exclusão, pois é certo que os efeitos definitivos dessa exclusão não se operaram desde logo, como se extrai, inclusive, do texto supratranscrito ("Não havendo manifestação neste prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva").

De fato, a exclusão do SIMPLES só surte efeitos permanentes se não houver impugnação do contribuinte no prazo mencionado ou, caso haja impugnação e, por consequência, processo administrativo, após a respectiva decisão.

Acerca do assunto, vejam-se os julgados:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO REGIME FISCAL ESPECIAL - SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. VEDAÇÃO LEGAL. VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não se verifica a ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, pois prevista a possibilidade de impugnação à exclusão do SIMPLES que, aliás, não produz efeitos imediatos, mas exige, ao contrário, a preclusão administrativa que, no caso, ocorreu pela inércia da agravante em discutir, na esfera própria, o ato fiscal praticado.

(...)"

(TRF 3, AG 2005.03.00.028403-4/SP, Terceira Turma, Relator Carlos Muta, DJU 25.04.2007, p. 399)

"TRIBUTÁRIO. SIMPLES. LEI 9.317/96. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO. PROCEDIMENTO LEGAL. DECRETO 70.235/72. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei 9.317/96, que regula o Regime Tributário do SIMPLES, estabelece que a exclusão do contribuinte do referido sistema se dará por meio da comunicação a este mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (art. 15, §3º).

2. Tendo sido oportunizado ao contribuinte a manifestação da inconformidade quanto à exclusão, pelo processo administrativo, não há que se falar em cerceamento de defesa ou de ausência do contraditório, porquanto seguidos todos os procedimentos legais para a exclusão, da Lei 9.317/96 e Decreto 70.235/72."

(TRF4, AC 2004.71.08.002090-0/RS, Primeira Turma, Relator Wellington Mendes de Almeida, DJ 05.10.2005)

À vista disso, não há falar em cerceamento de defesa ou ofensa a qualquer dos princípios constitucionais invocados na petição inicial, de sorte que a verossimilhança das alegações, na hipótese, não é constatável de plano.

A urgência também não se revela no caso, porquanto os atos declaratórios em questão datam de 09.07.2007 e só agora (janeiro de 2009) as autoras pretendem ver suspensos os seus efeitos.

Urge considerar, enfim, que as autoras não se insurgem quanto ao mérito da exclusão, de forma que a antecipação da tutela pretendida não excluiria os seus efeitos, mas tão-somente os protelaria.

Ante o exposto, ausentes os requisitos autorizadores, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela."

Com efeito, após a instrução processual da presente ação ordinária, constato que não foram trazidos aos autos novos elementos capazes de ilidir a presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo de exclusão das autoras do SIMPLES, não sendo carreado aos autos provas de que tenha havido cerceamento de defesa a ensejar a anulação de tais atos declaratórios.

Em suas manifestações após a contestação da União-Fazenda Nacional, as autoras se limitaram a insistir em que o Fisco deveria aguardar 30 dias de prazo que as empresas tinham para apresentar defesa contra a exclusão e não dar prosseguimento de imediato aos Procedimentos Administrativos Fiscais para apuração das eventuais infrações e lançamento dos tributos.

Entretanto, verifico que o início imediato da fiscalização e apuração das infrações decorrentes, com pedido de apresentação de documentos e esclarecimentos não trouxe prejuízos ao contribuinte, posto que, se nesse ínterim, acaso fosse acatada a defesa do contribuinte e declarado insubsistente o ato declaratório de exclusão do SIMPLES, todos os demais atos dele decorrentes quedariam sem efeito.

Ademais, como bem assentado na decisão que indeferiu a antecipação da tutela, a parte autora não impugnou os motivos que ensejaram a exclusão, nem os efeitos dela decorrentes, o que, na prática, nenhum benefício lhes trará a anulação dos atos de exclusão, e consequente dos demais atos praticados em decorrência, a não ser protelar o pagamento dos créditos tributários decorrentes da exclusão. Ademais, à época, a autora sequer apresentou recurso em relação a sua exclusão do SIMPLES.

Em suma, ficou comprovado nos autos que as autoras foram devidamente intimadas do ato de exclusão (o qual trouxe todos os dispositivos legais pertinentes, conforme documentos de fls. 62 e 69) e para impugnar a decisão - tendo inclusive deixado de exercer tal faculdade - não se pode acatar a tese de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pelo simples fato de a Receita Federal não ter aguardado inerte os trinta dias de prazo da defesa, uma vez que o prosseguimento do Procedimento Administrativo Fiscal não causou prejuízos à parte, nem a impediu de contestar o ato de exclusão do programa.

Nesse sentido, trago aos autos mais um julgado recente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO - SIMPLES - EXCLUSÃO - VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - INOCORRÊNCIA - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E CORRETAGEM.

1. A Lei 9.317/96, que regulou o Regime Tributário do SIMPLES, estabelecia que a exclusão do contribuinte do referido sistema se dará por meio da comunicação a este mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (art. 15, §3º).

2. Tendo sido oportunizado ao contribuinte a manifestação da inconformidade quanto à exclusão, pelo processo administrativo, não há que se falar em cerceamento de defesa ou de ausência do contraditório.

3. A pessoa jurídica que exerce atividade de corretagem e representação comercial, não poderá optar pelo SIMPLES.

TRF4- 2ª Turma -AC 2004.72.02.003467-2- Relatora Luciane Amaral Corrêa Münch-D.E. 20/05/2009(grifei)

Assentado que a exclusão das autoras do SIMPLES foi legítima, diante do contido no artigo 9º, inciso II, combinado com art, 14, inciso I, da Lei 9.317/96, com regular intimação do ato e abertura de prazo para apresentação de defesa, não há que se falar em nulidade dos atos declaratórios por violação aos princípios insculpidos no art. 5º, inciso LV, da CF.

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, resolvo o mérito do processo, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgando TOTALMENTE IMPROCEDENTE o pedido das autoras.

Por consequência, condeno a parte autora ao pagamento de honorários de sucumbência em favor da ré, que fixo em 10% do valor da causa, bem como ao pagamento das custas processuais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Na hipótese de interposição de recursos e, uma vez verificado o atendimento de seus pressupostos legais, tenham-se-os desde já por recebidos em seus legais efeitos e intime-se a parte contrária para apresentação de contrarrazões, no devido prazo. Após a juntada das referidas peças ou decorrido o prazo sem sua apresentação, remetam-se ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Umuarama, 17 de maio de 2010.

Gabriela Hardt
Juíza Federal Substituta na Titularidade Plena

Publicação/Registro de sentença

Certifico que, nesta data, publiquei a sentença retro para fins do art. 463, caput, do Código de Processo Civil e registrei-a no arquivamento em meio digital (GEDPRO), nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 202 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 4ª Região, atualizada até o Provimento nº 1/2008-CG (março/2008).

Umuarama (PR), ____ de maio de 2010.

Setor Cível

APELAÇÃO CIVIL - JULGAMENTO.
EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 21/09/2010
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000117-64.2009.404.7004/PR
ORIGEM: PR 200970040001173

RELATOR : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
PRESIDENTE : LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
PROCURADOR : Dr(a) ANDRÉIA FALCÃO DE MORAES
SUSTENTAÇÃO ORAL : DR. JUAREZ CASAGRANDE (APTE) VIDEOCONFERÊNCIA DE UMUARAMA
APELANTE : BIG MOTOS COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA MOTOS LTDA/ e outro
ADVOGADO : Edilson Jair Casagrande
APELADO : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 21/09/2010, na seqüência 126, disponibilizada no DE de 08/09/2010, da qual foi intimado(a) UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 2ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

RELATOR : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
ACÓRDÃO :
VOTANTE(S) : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
: Juíza Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA
: Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado digitalmente por **MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA, Diretora de Secretaria**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4ª Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3738688v1** e, se solicitado, do código CRC **4E448032**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA CECILIA DRESCH DA SILVEIRA:10657
Nº de Série do Certificado: 44363483
Data e Hora: 22/09/2010 12:38:50

Processo nº 10935.003790/2008-53
Acórdão n.º **2202-003.258**

S2-C2T2
Fl. 289

CÓPIA