



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA TURMA ESPECIAL

Processo nº 10935.005127/2006-21
Recurso nº 159.514 Voluntário
Matéria SIMPLES - Ex.: 2003
Acórdão nº 1804-00051
Sessão de 25 de maio de 2009
Recorrente A.R. RECICLAGEM COMÉRCIO DE PAPÉIS LTDA
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Exercício: 2003

Ementa: DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos essenciais ao lançamento, é de se indeferir o pedido de perícia e diligência, que não pode suprir a omissão do contribuinte na obtenção de provas, que a ele competia produzir.

NULIDADE DO LANÇAMENTO - Não há que se falar em nulidade do auto de infração, quando este foi lavrado por autoridade competente, com observância de todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972. Atendidos todos os requisitos formais, somente ensejam nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de ampla defesa, hipóteses essas que se encontram ausentes nos presentes autos.

PRELIMINAR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura a fase litigiosa entre o fisco e contribuinte, sendo descabido cogitar-se de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase investigatória que antecede o lançamento.

OMISSÃO DE RECEITA. MICROEMPRESA. APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CABIMENTO. A apuração de omissão de receita bruta declarada à SRF, de forma que o montante dessa ultrapasse o limite previsto para Microempresa, implica transposição para o sistema de Empresa de Pequeno Porte. O percentual a ser aplicado em cada mês será o correspondente à receita bruta acumulada até o próprio mês.

MULTA DE 75%. CARÁTER CONFISCATÓRIO.
INCONSTITUCIONALIDADE.

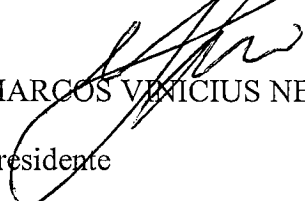
O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

TAXA SELIC. SÚMULA 1º CC 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara, Primeira Turma Especial da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade e no mérito NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARCOS VENICIUS NEDER DE LIMA

Presidente


SELENÉ FERREIRA DE MORAES

Relatora

Formalizado em:

31 AGO 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira e Leonardo Lobo de Almeida.

Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social - INSS, lavrados contra pessoa jurídica que optou pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, no valor de R\$ 142.411,85.

A fiscalização apontou os seguintes fatos em seu Termo de Verificação Fiscal:

- No ano-calendário de 2002, a empresa tributou sua receita através do SIMPLES, tendo declarado receitas no montante total de R\$ 724.090,53.

- As vendas totais registradas no Livro Razão, subtraídas das devoluções de vendas somaram R\$ 1.448.181,00. Estes valores também aparecem no Demonstrativo do Resultado do Exercício, constante do Livro Diário da empresa.
- Foram apuradas diferenças entre os valores escriturados e os declarados na DIPJ/2003.
- Como a receita contabilizada superou o valor de R\$ 1.200.000,00, foi editado Ato Declaratório (nº 57/2006), para a efetivação da exclusão no ano calendário de 2003. Os documentos originais referentes à exclusão do SIMPLES foram anexados no processo nº 10935.005125/2006-32.

Irresignada com a exigência, a contribuinte apresentou impugnação, em que alegou em síntese que:

- a) Todas as fases do procedimento deveriam ter sido comunicadas à recorrente, para que ela pudesse, no trâmite do procedimento, fazer as intervenções que julgasse necessárias. Apenas uma intimação fiscal foi feita à requerente.
- b) Ao contrário do que se tem pregado, o direito à defesa é inerente à integralidade do procedimento de investigação e não apenas a partir do auto de infração, em face dos princípios da publicidade e da legalidade.
- c) Houve o enquadramento equivocado das bases legais para cobrança dos créditos, na medida em que a empresa é microempresa e os valores foram apurados com sendo empresa de pequeno porte, com base no art. 5º, II e 23, II da Lei nº 9.317/1996. Por violar o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, deve ser anulado o auto de infração.
- d) É dever do fisco fazer o enquadramento dos valores devidos, como determina o art. 5º da Lei nº 9.317/96, que limita às microempresas os percentuais de 3%, 4% e 5%.
- e) A alteração da figura de microempresa para EPP deve ser feita mediante comunicação, e somente vige a partir do ano seguinte, logo, durante o ano de 2002, os recolhimentos devem levar em conta a limitação do art. 5º, I, conforme acórdão da DRJ/Recife.
- f) A multa de 75% é excessiva e configura-se em verdadeiro confisco.
- g) A responsabilidade pelas informações foi do profissional de contabilidade, e por isso, não há dolo em qualquer ação ou omissão por parte da recorrente.
- h) Não é possível a cumulação da multa com juros de mora.
- i) A taxa Selic não pode ser utilizada para corrigir valores devidos ao Fisco. A capitalização ou anatocismo é vedada pela legislação.

A Delegacia de Julgamento considerou o lançamento procedente, com base nos seguintes fundamentos:

- a) Em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, não cabe declarar nulidade sem que a parte demonstre o efetivo prejuízo sofrido, sendo, portanto, insubsistente o pleito de nulidade do auto de infração por falta de ciência, pelo contribuinte, de todos

os atos do processo, e sequer existe, ademais, disposição legal a amparar essa pretensão.

- b) No lançamento dos tributos do Simples, os percentuais de recolhimento são definidos em função da receita bruta apurada, descabendo alegar enquadramento equivocado quando, em se tratando de microempresa, os percentuais alcançam faturamento correspondente ao de EPP.
- c) Os percentuais da multa de ofício, exigível em lançamento de ofício, são determinados expressamente em lei, descabendo aplicação da multa moratória de 20%, que possui natureza diversa da multa de ofício, tendo esta caráter indenizatório, destinada a compensar as inconveniências provocadas pelo recolhimento espontâneo em atraso, e aquela caráter sancionatório, concebida para minimizar a ocorrência de infrações, pela punição de seus autores, assim como não compete aos órgãos administrativos a discussão acerca da inconstitucionalidade de normas legalmente inseridas no ordenamento jurídico.
- d) A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.
- e) Na aplicação da taxa Selic não ocorre o anatocismo, ou seja, incidência de juros sobre juros, uma vez que se aplicam somente sobre o principal.
- f) Não há falar-se em *bis in idem* na incidência de juros de mora e multa de ofício, eis que possuem natureza jurídica diversa, tendo esta natureza punitiva, destinado a punir o contribuinte pela infração cometida, e aquela natureza indenizatória, vocacionada a indenizar o credor pela não disponibilização do pagamento inadimplido.

Contra a decisão, interpôs a contribuinte o presente Recurso Voluntário, em que, além de reiterar as alegações contidas na impugnação, acrescenta as seguintes considerações:

- a) Ao contrário do que alega o relator houve comunicações ao recorrente, mas tais comunicações não tem o condão de afastar o cerceamento do direito de defesa, porque não foram suficientes e não diziam respeito a todos os atos do processo, mas sim, a um ou outro ato.
- b) A opção feita pela recorrente foi com base na lei, e por isso é com base nela que deve ser seguida. De fato, observa-se que todo documento existente informa ser a recorrente microempresa, e que por isso, deveria ter suas bases de apuração no art. 5º, inciso I, da Lei nº 9.317/1996.02
- c) Aduz o relator da decisão recorrida, que a exclusão do regime simplificado, pode ser por iniciativa da empresa ou então de ofício, com o que não concorda.
- d) A exclusão é indevida pois, de fato, não estão presentes, nem respeitados os ditames legais do contraditório e da ampla defesa.

- e) A recorrente solicitou no bojo da sua impugnação pela realização de prova pericial, para demonstrar a capitalização. O julgador aduziu que o pedido foi genérico e não o deferiu.
- f) Requer o deferimento de prova testemunhal para provar que não houve culpa da requerente na configuração da situação e a realização de perícia para apontar se há capitalização, e também, qual a disparidade entre os valores por um ou por outro regime do simples (EPP ou ME).

É o relatório.

Voto

Conselheira SELENE FERREIRA DE MORAES, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, enumera quais os elementos indispensáveis que um auto de infração deve conter, cuja inobservância pode acarretar nulidade do ato por vício formal:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

Alega o contribuinte que a decisão de primeira instância é passiva de ser reformada, vez que não foi respeitado o princípio constitucional da ampla defesa. Sustenta que todas as fases do procedimento deveriam ter sido comunicadas à recorrente, para que pudesse fazer as intervenções que julgasse necessárias.

O princípio da ampla defesa e do contraditório está elencado no artigo 5º, letra LV da Constituição Federal, que assim dispõe:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De início, deve-se ressaltar que somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura a fase litigiosa entre o fisco e contribuinte, sendo descabido cogitar-se de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase investigatória que antecede o lançamento.

No caso em análise, após a lavratura dos autos de infração o contribuinte foi regularmente intimado através de ciência nos próprios autos, ocasião em que lhe foi concedido o prazo legal de 30 dias para pagamento ou interposição de defesa, sendo-lhe permitido fazer prova de todos os fatos necessários a fim de elidir a ação fiscal.

Por não concordar com os créditos tributários constituídos pela autoridade fazendária, o contribuinte apresentou tempestivamente sua impugnação, momento em que alegou diversas razões de direito para afastar as respectivas obrigações tributárias, denotando-se que compreendeu plenamente os motivos que ensejaram sua autuação.

Ademais, durante o prazo para impugnação da exigência fiscal o contribuinte poderia ter tido vista da íntegra do processo, bem como de todos os documentos a ele apensados, junto à repartição pública competente.

Neste sentido, assim já decidiu este E. Conselho de Contribuintes:

“PRELIMINAR - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não há que se cogitar em nulidade do lançamento de ofício lavrado de acordo com o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, quando, no decorrer da fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal, Processo n.º: 10320.001608/2001-81 Acórdão n.º: 101-96.060 7 que se instaura com a impugnação, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 70.235/72, é dada ao contribuinte a possibilidade de exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Ademais, a atividade administrativa do lançamento é plenamente vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142, § único, do CTN. (...)

Recurso negado.” (Recurso 150.890, Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, sessão realizada em 24/01/2007, relator Gonçalo Bonet Allage) (grifos nossos)

Desta forma, pode-se concluir que a garantia constitucional da ampla defesa, no âmbito do processo administrativo fiscal, restou plenamente observada e cumprida.

Logo, não há que se falar em nulidade do lançamento, uma vez que os autos de infração lavrados contém todos os elementos obrigatórios, não se vislumbrando a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, tendo a contribuinte entendido perfeitamente o conteúdo da infração que lhe foi imputada, impugnando-a integralmente.

Não assiste melhor sorte à recorrente quanto ao mérito da autuação.

No tocante à discussão sobre sua exclusão do regime simplificado, merece ser transcrito o item 7 do Termo de Verificação Fiscal:

“7- Assim, foi efetuada representação fiscal objetivando a exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2003 (fls. 61/63). Também foi editado Ato Declaratório de nº 57/2006 para a efetivação da referida exclusão (fls. 64/65). Os documentos originais referentes à exclusão do SIMPLES estão anexados no processo nº 10935.005125/2006-32, em que eventual impugnação, referente a exclusão do SIMPLES, deve ser julgada. Tal processo refere-se ao lançamento, pela modalidade do lucro arbitrado, referente as infrações do ano calendário de 2003.”

Ou seja, a exclusão do SIMPLES apenas surtiu efeito a partir do ano de 2003, sendo que o presente lançamento tem por objeto os fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2002.

Para apuração do montante devido, a fiscalização confrontou os valores escriturados e aqueles declarados na DIPJ/2003, tributando as diferenças com base nos arts. 5º e art. 23, inciso II, alíneas “a” a “d” da Lei nº 9.317/1996, em sua redação original, acrescidos em 20%, *in verbis*:

“Art. 23. Os valores pagos pelas pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES corresponderão a:

a) em relação à faixa de receita bruta de que trata a alínea “a” do inciso II do art. 5º:

1 - 0,13% (treze centésimos por cento), relativo ao IRPJ;

2 - 0,13% (treze centésimos por cento), relativo ao PIS/PASEP;

3 - 1% (um por cento), relativo à CSLL;

4 - 2% (dois por cento), relativos à COFINS;

5 - 2,14% (dois inteiros e quatorze centésimos por cento), relativos às contribuições de que trata a alínea “f” do § 1º do art. (...).3º.

§ 3º A pessoa jurídica cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite a que se refere o inciso II do art. 2º, adotará, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, os percentuais previstos na alínea “e” do inciso II e nos §§ 2º, 3º, inciso III ou IV, e § 4º, inciso III ou IV, todos do art. 5º, acrescidos de 20% (vinte por cento), observado o disposto em seu § 1º.

Tal procedimento está de acordo com a legislação em vigor, sendo que o enquadramento de uma empresa como empresa de pequeno porte ou microempresa depende do valor da receita bruta anual auferida.

No presente caso restou comprovado que a contribuinte auferiu receita bruta anual no montante de R\$ 1.476.674,01, devendo ser aplicados os percentuais relativos à faixa de receita bruta de que trata a alínea "a" do inciso II do art. 5º, da Lei nº 9.317/1996.

A apuração de omissão de receita bruta declarada à SRF, de forma que o montante dessa ultrapasse o limite previsto para Microempresa, implica transposição para o sistema de Empresa de Pequeno Porte. O percentual a ser aplicado em cada mês será o correspondente à receita bruta acumulada até o próprio mês.

A imposição da multa de ofício de 75% é determinada pelo art. 44 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;"

A hipótese legal de aplicação da multa restou plenamente configurada na situação fática descrita na presente autuação, sendo que as alegações de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que determinam o percentual de 75% da multa, não podem ser apreciadas na esfera administrativa, conforme Súmula nº 1 do 1ºCC:

"Súmula 1ºCC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Quanto ao cabimento da taxa Selic, deve ser trazida à colação a Súmula nº 4 do Primeiro Conselho de Contribuintes:

Súmula 1º CC 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.

Quanto à alegação de anatocismo e da ocorrência de *bis in idem* entre a exigência de multa e juros de mora, deve ser mantida a decisão de primeira instância pelos seus próprios fundamentos.

Subsidiariamente, a recorrente requer a conversão do julgamento em diligência, a fim de ser apurado se há capitalização, e também, qual a disparidade entre os valores por um ou por outro regime do simples (EPP ou ME).

As normas processuais contidas no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748, de 09/12/1993, assim dispõem:

"Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV. as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

(...)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no artigo 28, "in fine".

Antonio da Silva Cabral, em sua obra "Processo Administrativo Fiscal" Decreto nº 70.235/72 - São Paulo - Saraiva, 1993, pág. 316 - conceitua diligência como nome genérico que envolve qualquer ato praticado a mando da autoridade preparadora e tem por fim ordenar o processo não só na sua aparência e formalidades (como, por exemplo, no tocante à numeração das folhas do processo), como também no que respeita a atos a serem praticados para a instrução do processo. Ensina, ainda, que as diligências podem ser de duas espécies: "ex officio", ou a requerimento do contribuinte, do autuante ou do julgador, sendo que esta última tem por finalidade o esclarecimento de qualquer questão relacionada com o julgamento ou com o cumprimento de exigência processual, como é o caso de juntada de documento comprovante.

Em suma, a realização de diligências ou perícias tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento e, portanto, tais procedimentos visam a formação de convicção do julgador.

A prova documental deve ser apresentada com a impugnação, nos termos do art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/1972,:

"Art. 16

§ 4.º. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. (Acrescido pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997)".*

Enfim, estando presentes nos autos todos os elementos essenciais ao lançamento, é de se indeferir o pedido de perícia e diligência, que não pode suprir a omissão do contribuinte na obtenção de provas, que a ele competia produzir.

Ante todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 25 de maio de 2009.


SILENE FERREIRA DE MORAES