



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

Processo n° 10950.005516/2008-21
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° 2402-02.777 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de junho de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: DEIXAR DE EXIBIR LIVROS E DOCUMENTOS
Recorrente PLANTI SUL IND E COM DE PLANTADEIRAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2007

SIMPLES/SIMPLES NACIONAL. ENQUADRAMENTO.
 COMPETÊNCIA.

É competente a Primeira Seção do CARF para julgar recursos contra decisão de primeira instância que tenha decidido sobre exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DISCUSSÃO INOPORTUNA EM PROCESSO DE LANÇAMENTO FISCAL PREVIDENCIÁRIO O foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do Simples é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário previdenciário rediscussão acerca dos motivos que conduziram à expedição do Ato Declaratório Executivo e Termo de Exclusão do Simples.

EXIBIÇÃO DE LIVROS OU DOCUMENTOS. OBRIGAÇÃO AFETA A TODOS OS CONTRIBUINTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DESCUMPRIMENTO. INFRAÇÃO.

Apresentar documentos e livros relacionados com a previdência social é obrigação que afeta a todos os contribuintes da previdência social. Por isto, configura infração ao artigo 33, §§ 2 e 3, da Lei 8.212/91, deixar a empresa de exibir à Auditoria-Fiscal da Receita Federal do Brasil tais livros e documentos.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em relação à prejudicialidade no exame das questões relativas ao SIMPLES, acolher em parte da preliminar para que o processo seja sobrestado na origem após sua tramitação definitiva e, no mérito, conhecida as demais questões, em negar provimento ao recurso.

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Igor Araujo Soares, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente a autuação fiscal lavrada em 24/09/2008 pela falta de apresentação de livros e documentos necessários para o procedimento fiscal, conforme detalha o relatório da decisão recorrida:

O contribuinte supra-identificado foi autuado pela Receita Federal do Brasil por ter deixado de apresentar à Auditoria Fiscal deste órgão, no decorrer da ação fiscal ali empreendida, a escrituração contábil (Livro-Caixa ou, alternativamente, o Livro-Razão e Livro-Diário), Livro de Registro de Apuração de ICMS e faturas de cooperativa de trabalho.

...

Após impugnação, a decisão de primeira instância foi no sentido de julgar a autuação procedente. Segue transcrição da ementa:

EXIBIÇÃO DE LIVROS OU DOCUMENTOS. OBRIGAÇÃO AFETA A TODOS OS CONTRIBUINTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DESCUMPRIMENTO. INFRAÇÃO.

Apresentar documentos e livros relacionados com a previdência social é obrigação que afeta a todos os contribuintes da previdência social. Por isto, configura infração ao artigo 33, §§ 2 e 3, da Lei 8.212/91, deixar a empresa de exibir à Auditoria-Fiscal da Receita Federal do Brasil tais livros e documentos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DISCUSSÃO DESCABIDA Tratando o processo de crédito relativo a multa aplicada por descumprimento da obrigação acessória de apresentar documentos e livros relacionados com as contribuições previdenciárias, descabe neste processo o exame dos motivos que ensejaram a emissão do ato de exclusão da empresa do Simples.

CONTABILIDADE. CONCESSÃO DE PRAZO PARA READEQUAÇÃO. FALTA DE RAZOABILIDADE A confiabilidade da informação contábil fundamenta-se na veracidade, tempestividade, completeza e pertinência do seu conteúdo. A veracidade, por sua vez, exige que as informações contábeis não contenham erros ou vieses, e sejam elaboradas em rigorosa consonância com os Princípios Fundamentais de Contabilidade e as Normas Brasileiras de Contabilidade e com as técnicas e procedimentos respaldados na ciência da Contabilidade. Por isto, não é razoável a concessão de prazo para readequação ou reconstituição dos lançamentos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Contra a decisão, o recorrente reiterou suas alegações na impugnação; assim sintetizadas com precisão na decisão recorrida:

a) a declaração de nulidade deste auto de infração em face da nulidade do ADE nº 23. A nulidade do ADE decorreria: da falta de intimação do contribuinte da expedição daquele ato: da sua fundamentação em previsão normativa revogada; da falta de publicação da exclusão no portal do Simples; da supressão da faculdade do contribuinte de optar pelo regime de tributação a ser aplicado; da não observação do devido processo legal e da preterição da direito de defesa, da violação ao princípio da legalidade.

b) a suspensão do trâmite processual deste processo até a final declaração de exclusão da empresa do Simples.

c) a declaração de ausência de requisito imprescindível à sua validade, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A declaração de nulidade por ofensa ao enquadramento legislativo do art. 32, parágrafo 1º da lei Complementar 123/2006 e o art. 90 do Pacto de San Jose da Costa Rica.

d) declaração de ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na medida que não concedeu tempo hábil para que apresentasse ou constituísse os documentos, anulando o auto de infração.

Para fundamentar seus pleitos, arrola os seguintes argumentos:

a) A empresa não teria sido intimada do Ato Declaratório Executivo nº 23, por isto esse ato deveria ser declarado nulo;

b) Ilegalidade e nulidade do ADE nº 23: a norma que fundamenta a exclusão, qual seja, a Lei 9.317, de 1996, estaria revogada pela Lei Complementar nº 123, de 2006;

c) Falta de registro do ADE no Portal do Simples Nacional: O ADE deve ser publicado no Portal do Simples Nacional, para somente após essa providência, gerar quaisquer efeitos que venham decorrer da exclusão, a teor do art. 4º e parágrafos, da Resolução nº 15, de 2007, do Comitê Gestor do Simples Nacional.

A contestante sofrera a penalidade de exclusão do Simples, e sem ter-lhe sido oportunizada a defesa em relação a esse fato, a Receita Federal do Brasil já aplicou todas as medidas e penalidades decorrentes, apontando e lançando tributos devidos, com incidência de multas, como se já estivesse excluída em definitivo daquele regime;

d) Falta de intimação do contribuinte para optar por novo regime de tributação: ao ser excluída do Simples, o art. 32 da Lei Complementar 123 permite que a empresa faça a opção pelo regime de tributação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido pelo lucro líquido presumido, lucro real trimestral ou anual.

A empresa nem fora excluída em definitivo do Simples e no mesmo processo administrativo já sofreu a incidência tributária, mediante arbitramento do faturamento, a título de imposto de renda, PIS, Cofins, dentre outros, e multas por atraso no recolhimento, sem sequer ter escolhido qual seria o seu regime de tributação. A falta de notificação da autuada para optar pelo regime de tributação que a lei lhe facultaria eivaria o auto de nulidade, por ofender o princípio do contraditório e da ampla defesa;

e) Preterimento das garantias constitucionais:

- Afronta ao princípio constitucional do devido processo legal, porque não houve intimação das pessoas constantes no pólo passivo do AI: o fisco não teria velado pela ciência do ADE nº 23 ao contribuinte, sendo que suas impugnações foram juntadas por livre e espontânea vontade, sem qualquer intimação;

- Ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa;

- Ofensa ao princípio constitucional da legalidade, ao não seguir as leis em seus procedimentos administrativos de fiscalização;

f) Praticamente todos os documentos exigidos pelo fisco não seriam obrigação da empresa manter;

g) Ausência da correta descrição da infração. Todos os documentos relacionados com as contribuições previdenciárias foram apresentados. Livros Caixa, Diário e Razão sequer se prestam à análise de assuntos previdenciários. Em relação às faturas de cooperativas de trabalho, como a empresa poderia apresentá-las, se nenhuma fatura havia? Por isto, não há no auto de infração a descrição do fato ao menos suficiente a enquadrá-lo no abstrato legislativo invocado pela autoridade administrativa;

h) Irretroatividade da obrigação acessória e sua penalização — inaplicabilidade da pena de multa. O parágrafo 1º do art. 32 da Lei Complementar 123, de 2006, prevê que a empresa desenquadrada do Simples Nacional ficará sujeita ao pagamento do tributo devido, acrescido tão somente de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.

Sob tal entendimento, as obrigações tributárias acessórias, que porventura hajam decorrido da exclusão, não poderiam retroagir aos fatos pretéritos, por falta de previsão legal. Na medida que se aplicam os efeitos de modo retroativo a janeiro de 2004, impossível de aplicação de multa, ao menos sob os fundamentos legais do auto de infração;

i) Ausência de tempo hábil à correção das informações. Do início da fiscalização até o seu encerramento, a empresa não teve tempo hábil para reconstituir a sua contabilidade.

Inexistiria prazo para que os documentos e livros sejam apresentados à fiscalização. Mereceria, então, que se resignasse a autoridade fiscal e que concedesse, com base no princípio da razoabilidade, interregno temporal plausível, útil, elástico, que permitisse à empresa, a consecução da reconstituição e readequação de sua contabilidade.

É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Preliminares

Exclusão do SIMPLES

A preliminar enfrentada diz respeito à discussão no presente processo do enquadramento da recorrente no SIMPLES. O processo onde se discute a exclusão do SIMPLES está em tramitando no CARF e, de fato, ainda não há decisão definitiva sobre a matéria, conforme pode ser consultado do sítio mantido na internet, já que em última instância ainda cabe a interposição de recurso à Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF.

Como já salientado, o lançamento teve como finalidade inicial a prevenção da decadência, uma vez que não há previsão legal para sua suspensão ou interrupção nessas hipóteses.

De fato, não se nega a correlação e dependência deste ao processo através do qual se discute especificamente o enquadramento no SIMPLES, uma vez que esse último, sendo favorável ao recorrente, arrastará para a mesma conclusão todos os processos de constituição de créditos tributários sobre as contribuições abrangidas pelo SIMPLES; no entanto, pela mesma razão, deve ser solucionada a litispendência, a fim de se evitarem decisões conflitantes sobre a mesma lide, o que traz intranquilidade para as partes do processo.

Código de Processo Civil:

Art. 301. (...)

...

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

Regimento Interno do CARF - Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

...

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

...

Art. 3º À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

....

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007;

...

Conforme as regras do Regimento Interno do CARF, acima transcritas, os processos de exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL e os processos de lançamentos de contribuições previdenciárias são apreciados por órgãos julgadores distintos, em atendimento ao princípio da especialidade.

A decisão de primeira instância decidiu que:

Ocorre que a discussão aceita dos fatos que conduziram à expedição do ADE nem é cabível neste processo de lançamento fiscal de crédito tributário previdenciário.

É certo que a constituição deste crédito é decorrente da exclusão, no entanto, discussão a este respeito, ou seja, da exclusão, deve ser levantada exclusivamente no âmbito do processo respectivo, de onde decorreria a confirmação dos atos ou a sua eventual revogação.

...

Por esta razão, e porque discussão relativa a exclusão só é cabível no processo próprio e não neste processo de lançamento de crédito tributário relativo a contribuições previdenciárias, descabe neste foro a retomada dos questionamentos apresentados e bem examinados no processo próprio.

Desta forma, cabem ser afastados todos os motivos que fundamentam o pleito de declaração de ilegalidade ou nulidade do ADE.

Não seria, contudo, caso de sobrestamento dos processos de constituição do crédito, uma vez que se pode regularmente examinar todas as demais questões de fato e direito, sem prejuízo para a produção e avaliação das provas. Assim, no processo de constituição do crédito não devem ser conhecidas as questões relativas ao enquadramento no SIMPLES/SIMPLES NACIONAL, mas devem ser examinadas as demais questões.

Quanto a alegação de inaplicabilidade da Lei nº 9.317/96 por revogação, constato que os valores lançados sobre as folhas de pagamento e notas fiscais de serviços de cooperativa de trabalho se referem ao período de 01/2004 a 12/2007, quando de fato vigiam a sistemática criada pela Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e a partir do 07/2007, o

SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. A questão trazida também deve ser objeto de discussão no processo de exclusão. Seguem transcrições:

Lei Complementar nº 123/2006:

Art.13.O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

...

VI-Contribuição Patronal Previdenciária-CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no §5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

...

Art.88. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 1º de julho de 2007.

Art.89. Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.

...

Lei nº 8.212/91:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

...

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Portanto, com relação ao enquadramento no SIMPLES, mantenho a decisão recorrida no sentido de não conhecer da matéria; no entanto, que após a tramitação definitiva do processo administrativo fiscal fique sobrestada a execução do crédito até que também se decida definitivamente sobre a exclusão do SIMPLES. Essa medida soluciona o aparente conflito entre as normas: uma que obriga a realização imediata do lançamento para a prevenção da decadência, cujo prazo, salvo as hipóteses legais, não se suspende ou interrompe; a outra, para que se evitem decisões conflitantes sobre a mesma lide, o que traz intranquilidade para as partes do processo, e para se configura ao crédito maior certeza.

Saneamento da falta de intimação

Quanto às preliminares suscitadas, entendo que ainda que a intimação da decisão de exclusão do SIMPLES tenha sido no curso do processo de constituição do crédito, não houve prejuízo para a defesa, cujo inclusive fora reaberto para aditamento da inicial. Ressalta-se que a nulidade do processo é medida excepcional. Afora as hipóteses legais, o aproveitamento dos atos processuais já praticadas guarda maior sintonia com o princípio da duração razoável do processo. E no presente caso estão presentes todos os elementos e requisitos de validade previstos na norma processual e ausentes os motivos que ensejam a nulidade:

DECRETO n° 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà 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 trinta dias;

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

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

...

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.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio;

Quanto as demais preliminares argüidas, em especial quanto à violação de outras normas processuais, ressalta-se que o processo administrativo fiscal possui rito e regras próprias previstas sobretudo no Decreto 70.235/1972, como reconhecido explicitamente pela Lei nº 9.784/99:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Não procede também a alegação de que a fiscalização estaria obrigada de juntar ao lançamento documentos que pertencem e estão na posse da recorrente. A fiscalização deve sim demonstrar a ocorrência dos fatos geradores e o critério para a apuração do tributo devido e fazer juntada dos documentos por ela produzidos; o que não se confunde com as declarações e registros da própria empresa.

Por tudo, em relação à prejudicialidade no exame das questões relativas ao SIMPLES, acolho em parte a preliminar para que este processo, após decisão definitiva neste CARF, seja sobrestado na origem até tramitação definitiva do processo onde se discute a exclusão do SIMPLES.

Mérito

Quanto à infração, ficou suficientemente demonstrado nos autos do processo que a recorrente deixou de exibir os documentos solicitados através de intimação e não trouxe qualquer contraprova que afastasse a infração cometida, limitando-se a contestar em tese a cobrança da multa.

Com relação às inconstitucionalidades apontadas, é vedada a esta instância julgadora afastar sob esse fundamento dispositivos legais em vigor. Sobre o tema, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula n. 02, a seguir:

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

Em razão do exposto, voto pelo conhecimento parcial do recurso para, na parte conhecida, negar provimento.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes

CÓPIA