



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

Processo nº 11618.002025/2005-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-00.629 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2012
Matéria SIMPLES - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente B & A COMERCIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

LANÇAMENTO.

Provido que no ano de 2004 a contribuinte era participante do Simples, o lançamento de valores não oferecidos à tributação pela pessoa jurídica deve ser promovido segundo as regras do regime simplificado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, AFASTAR a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, INDEFERIR o pedido de diligência e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Rafael Correia Fuso, João Carlos de Lima Junior, Marcelo Cuba Netto, João Bellini Junior, e Regis Magalhães Soares de Queiroz.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

Por bem descrever os fatos litigiosos de que cuida o presente processo, adoto aqui o relatório contido na decisão de primeira instância:

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 03 a 51 para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores de 01/06/2000 a 31/12/2004. adiante especificado:

(...)

Os referidos autos de infração são decorrentes de ação fiscal efetuada junto à contribuinte, na qual a Fiscalização constatou infrações a legislação do SIMPLES (imposto e contribuições componentes) cujos enquadramentos legais encontram-se discriminados nos autos de inflação, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. As irregularidades constatadas e suas consequências podem ser assim resumidas:

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO E DIFERENÇA DE BASE DE CALCULO.

Apurou a Fiscalização que a empresa, cujo contrato de constituição foi datado de 7/02/2000 e registrado na Junta Comercial do Estado da Paraíba em 13/03/2000 (fls. 52/54). é optante pelo Simples, na condição de microempresa (ME), com efeitos a partir da data de registro. Foi emitido pelo Delegado da Receita Federal em João Pessoa o Mandado de Procedimento Fiscal MPF, à fl. 01, com o objetivo de realizar o confronto entre os valores declarados e os apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal, em relação aos tributos e contribuições administrados nela Receita Federal nos últimos cinco anos. A fiscalização foi iniciada em 06/04/2005 (fl. 65) com a intimação para a apresentação dos livros Caixa ou Diário e Razão; balanceies mensais; contrato de constituição e alterações posteriores; livros de Registro de Entradas. Saídas e Apuração do ICMS e cópias das petições de eventuais ações judiciais contra a Fazenda Nacional. Foi solicitado também que a empresa informasse por escrito a forma de apuração do Imposto de Renda nos anos-calendário de 2004 e 2005. Posteriormente, em 07/06/2005, o MPF foi complementado para a inclusão do Simples.

A receita mensal, base de cálculo para apuração do SIMPLES A PAGAR, foi apurada no Livro Registro de Apuração do ICMS, fornecido pela própria empresa fiscalizada (fls. 66/114). Nas planilhas fls. 115 a 117 encontram-se compiladas as receitas mensais. Dos valores de SIMPLES A PAGAR apurados com base na escrituração fiscal do ICMS foram subtraídos ou os valores declarados (declarações às fls. 118/151) ou os valores pagos (fls. 152/154), considerando-se o maior deles em cada mês. A empresa foi excluída do Simples com efeitos a partir de

01/01/2005 por ter ultrapassado, em 2004, o limite de receita bruta anual de R\$ 1.200.000,00. A ação fiscal foi encerrada em 07/06/2005.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 162/175, na qual questiona os autos de infração. Inicialmente, recompõe os fatos ocorridos com as seguintes narrativas:

a) a empresa recolheu os tributos pelo Simples desde o início de suas atividades até setembro de 2004;

b) a Declaração Simplificada da empresa referente ao ano-calendário de 2003, exercício de 2004 teve a transmissão via internet recusada pelo sistema da Receita Federal, o qual não acusava a opção pelo Simples. A declaração foi recepcionada em 31/05/2004, amparada no processo administrativo de nº 11618.001340/2004-58, mediante o qual foi solicitada a inclusão da empresa no Simples, com efeitos retroativos à data de abertura;

c) o novo contabilista da empresa, admitido em outubro de 2004, verificou, em consulta ao sistema da Receita Federal na Internet, que a mesma não se encontrava cadastrada como optante pelo Simples. Até aquela data o pedido de inclusão não havia sido analisado. Diante disso, passou a efetuar os recolhimentos de PIS e Cofins na modalidade não cumulativa, migrando para o sistema de apuração com base no Lucro Real Anual. Afirma ter entregue as DCTF e Dacon relativas aos trimestres de 2004;

d) o processo de inclusão retroativa no Simples foi deferido em 29/03/2005, atendendo a solicitação da empresa. O pedido de inclusão, no entanto, segundo afirma a impugnante, deveria ser limitado ao ano-calendário de 2003, já que em 2004 a empresa estava apurando Lucro Real;

e) como a empresa não estava cadastrada como optante pelo Simples, era impossível solicitar, tempestivamente, em janeiro de 2004 a exclusão do sistema, posto que a inclusão só veio a ocorrer de ofício em março/2005;

f) o planejamento tributário da empresa para o ano de 2004 foi prejudicado, pois pretendia apurar o Lucro Real.

Em seguida, no mérito:

a) insurge-se contra a aplicabilidade da Instrução Normativa 355/2003, por se tratar de ato administrativo cujo conteúdo não pode afrontar o princípio constitucional da legalidade. Destaca o §4º do art. 22 da referida Instrução, que trata do prazo para a empresa efetuar a alteração cadastral quando da ocorrência de excesso de receita bruta, bem como da multa pelo descumprimento desta obrigação acessória;

b) reclama que, se existe irregularidade, esta se deve ao órgão tributário, pois aceitou a empresa como regularmente optante pelo Simples entre os anos 2000 e 2003, e somente em maio/2004, por ocasião da transmissão da declaração do ano-calendário 2003, acusou o desenquadramento. Além disso, demorou um longo período de dez meses para se pronunciar sobre o pedido de reenquadramento;

c) alega que a empresa, diante da demora da resposta da Receita Federal, estava enquadrada em 2004 como não-optante pelo Simples e, por isso, passou a apurar seus impostos com base no Lucro Real;

d) reclama, ainda, que o primeiro Mandado de Procedimento Fiscal não menciona especificamente a auditoria da empresa através do regime do Simples e que, somente no dia do encerramento da ação fiscal, ou seja, em 07/06/2005, a empresa foi cientificada de um novo mandado complementar para o Simples. Tal fato demonstraria, segundo afirma a defendente, que a Receita Federal tinha a ciência de que a empresa estava fora do sistema de tributação simplificada no exercício 2004;

e) argumenta que não poderia solicitar a exclusão do Simples em janeiro de 2004 porque naquela ocasião não estava incluída como optante, fato este que só veio a ocorrer, por comando de ofício, em março de 2005;

f) insurge-se contra o caráter confiscatório da multa aplicada e, por fim;

g) requer a declaração da nulidade da autuação.

Apreciados os argumentos de defesa, a DRJ de origem decidiu pela procedência do lançamento (fls. 274/282).

Irresignada, a contribuinte interpôs recurso voluntário pedindo, ao final, a reforma da decisão de primeira instância, sob as mesmas razões arroladas na impugnação, ou, alternativamente, a realização de diligência (fls. 290/303).

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) Da Admissibilidade do Recurso

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

2) Da Alegação de Nulidade do Auto de Infração

Afirma a recorrente ter havido cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que a autoridade que lavrou o auto de infração deixou de esclarecer que passou-se quase um

ano entre a data do pedido para inclusão retroativa no Simples, formulado nos autos do processo nº 11618.001340/2004-58, e a data da respectiva resposta do Fisco.

Ocorre que auditoria fiscal rege-se pelo princípio inquisitório, não possuindo o sujeito passivo, naquela fase do procedimento, direito à defesa, motivo pelo qual é incabível falar-se em seu cerceamento.

O direito à ampla defesa e ao contraditório surge apenas com a fase de impugnação ao lançamento, quando o procedimento passa a ser regido pelo princípio dispositivo. Somente os atos processuais praticados a partir de então podem propriamente ser declarados nulos por cerceamento do direito de defesa, a teor do art. 59, II, *in fine*, do Decreto nº 70.235/72.

Por fim deve-se dizer que a alegada omissão em nada prejudicou a defesa, já que pelo exame da impugnação e do recurso é possível concluir que a interessada compreendeu perfeitamente os ilícitos que lhe foram imputados.

Isso posto, voto por indeferir a preliminar de nulidade do auto de infração.

3) Do Pedido para Realização de Diligência

Ao final de sua peça recursal a interessada solicita a realização de diligência, nos seguintes termos:

(...) ou ainda, se assim não entendido, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal no período em que o contador da empresa solicitou junto a Receita Federal a inclusão do simples, para o período de 13 de Março de 2000 a 31 de Dezembro de 2003, em data de 31.05.2004, no entanto a empresa só obteve resposta da solicitação em data 29.03.2005.

Como é possível observar-se no trecho acima transcrito, não está claro o objeto do pedido de diligência. Ao que parece, requer seja confirmada a alegação segundo a qual o pedido de inclusão retroativa no Simples de que cuida o processo nº 11618.001340/2004-58 restringiu-se ao período compreendido entre março de 2000 a dezembro de 2003, não tendo abrangido o ano-calendário de 2004.

Pois bem, por meio do requerimento de fl. 255, protocolizado em 31/05/2004, a ora recorrente pleiteou expressamente a sua inclusão no Simples “*com data retroativa a sua constituição*”, a qual se deu em 13/03/2000. Não consta naquele requerimento pedido para que a inclusão não se estendesse ao ano de 2004.

Ademais, o extrato de fl. 262 comprova que após a protocolização do pedido de inclusão retroativa, a contribuinte continuou recolhendo seus tributos pelo sistema simplificado até o mês de outubro de 2004 (código de recita 6106), fato esse que vai de encontro à alegação segundo a qual o pedido de inclusão retroativa não se estenderia ao ano de 2004.

Isso posto, com base no art. 18, *caput*, do Decreto nº 70.235/72, voto por indeferir o pedido de diligência, em razão de sua prescindibilidade.

4) Da Inclusão no Simples

Como visto no item anterior, em 31/05/2004, no âmbito do processo nº 11618.001340/2004-58, a interessada requereu sua inclusão retroativa no Simples com efeitos à data de sua constituição.

Em 29/03/2005 sua solicitação foi deferida, conforme cópia do despacho decisório às fls. 179/180. Tal decisão transitou administrativamente em julgado, haja vista que contra ela a interessada não propôs manifestação de inconformidade visando limitar a inclusão ao período de 13/03/2000 a 31/12/2003, como ora pretende.

Em 06/04/2005 foi lavrado o termo de início de fiscalização (fl. 65), e em 30/05/2005, nos autos do processo nº 11618.001915/2005-13, a interessada requereu sua exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2004.

Conforme cópia do despacho decisório às fls. 256/257, o pedido de exclusão foi indeferido em 06/06/2005, tendo em vista que a interessada: (i) recolheu seus tributos pelo regime simplificado no ano de 2004; (ii) encontrava-se sob auditoria fiscal, situação que vedava a requerida alteração cadastral, a teor do disposto no art 22, § 4º, da Instrução Normativa SRF nº 355/2003.

Referida decisão também transitou administrativamente em julgado, haja vista que contra ela a contribuinte não apresentou manifestação de inconformidade.

De tudo o que foi dito é de se concluir que no ano de 2004 a contribuinte estava obrigada a recolher seus tributos segundo o regime simplificado. Aliás, foi isso que ela fez até o mês de outubro de 2004.

Somente nos meses de novembro e dezembro é que a interessada não recolheu o Simples, passando a recolher PIS e Cofins segundo o regime não cumulativo (códigos de receita 6912 e 5856, respectivamente), e ainda assim no valor mínimo de R\$ 10,00 para pagamento em DARF (fls. 262/263). Note-se ainda que nesse período não houve qualquer recolhimento a título de IRPJ ou CSLL segundo o regime do lucro real ou presumido.

Noutro giro, indaga a recorrente sobre como deveria agir no ano de 2004, se a resposta do Fisco a seu requerimento para inclusão retroativa no Simples somente se deu em 29/03/2005.

Quanto a isso há que se dizer que enquanto seu pedido estava pendente de apreciação, a contribuinte tinha o direito e, concomitantemente, o dever de continuar recolhendo seus tributos de acordo com o regime simplificado.

Somente se sobreviesse decisão definitiva que lhe fosse desfavorável, o que no caso não ocorreu, é que a ora recorrente estaria obrigada a recolher, segundo o regime aplicável as pessoas jurídicas em geral, os tributos devidos à época em que erroneamente encontrava-se no regime simplificado, resguardado ainda o direito de abater daquele valor os tributos pagos com base no Simples.

5) Da Afirmação da Ilegalidade do Art. 22, § 4º, da IN SRF nº 355/2003

Afirma a recorrente ser ilegal o disposto no art. 22, § 4º, da Instrução Normativa SRF nº 355/2003, que veda seja promovida alteração cadastral de pessoa jurídica que se encontre sob auditoria fiscal.

Ocorre que tal argumento deveria ter sido proposto nos autos do processo nº 11618.001915/2005-13, quando o Fisco indeferiu, com base na norma acima mencionada, o pedido da contribuinte para que fosse excluída do Simples a partir de 01/01/2004.

O presente processo cuida de matéria diversa, qual seja, de auto de infração para constituição de crédito tributário relativos aos tributos integrantes do Simples. Aqui não é mais possível discutir se a contribuinte deveria, ou não, ter recolhido seus tributos pelo regime simplificado no ano de 2004, uma vez que essa questão já foi definitivamente decidida no âmbito dos processos nºs 11618.001340/2004-58 e 11618.001915/2005-13.

6) Juros e Multa

Alega a interessada que os juros e a multa incidentes sobre o principal tornam a exigência confiscatória, em violação ao disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Ocorre que, como a exigência dos juros e da multa está lastreada, respectivamente, no art. 66 e no art. 44, ambos da Lei nº 9.430/96, o acolhimento da alegação de confisco implicaria afastar a aplicação daqueles dispositivos legais em razão de sua suposta inconstitucionalidade, algo que é vedado a este Conselho por força art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e da Súmula nº 2 do CARF, baixo transcritos:

Decreto nº 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.

(..)

Súmula nº 2 do CARF (DOU de 09/12/2010):

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

7) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por indeferir a preliminar de nulidade do lançamento bem como o pedido para realização de diligência e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto

Processo nº 11618.002025/2005-29
Acórdão n.º **1201-00.629**

S1-C2T1
Fl. 318

CÓPIA