



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

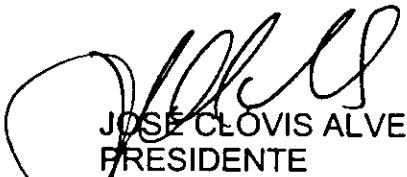
Fl.

Processo nº . : 13855.001711/2004-24
Recurso nº. : 147.241
Matéria : COFINS - EXS.: 2001 a 2004
Recorrente : ROSANA EMILIO LEMOS IGARAPAVA - ME
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ em RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 28 DE JULHO DE 2006
Acórdão nº. : 105-15.895

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS -
NULIDADE - É nula, por cerceamento de defesa, a decisão de primeira
instância que deixa de apreciar todas as questões trazidas com a
impugnação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto
por ROSANA EMILIO LEMOS IGARAPAVA - ME

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, ANULAR a decisão de Primeira Instância por
cerceamento do direito de defesa. Determinar a juntada de cópia dos autos relativos à
exclusão do simples a este processo, e o exame da exclusão de acordo com a
legislação, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLOVIS ALVES
PRESIDENTE

IRINEU BIANCHI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 10 NOV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUÍS ALBERTO
BACELAR VIDAL, ROBERTO BEKIERMAN (Suplente Convocado), CLÁUDIA LÚCIA
PIMENTEL MARTINS DA SILVA (Suplente Convocada), EDUARDO DA ROCHA
SCHMIDT, WILSON FERNANDES GUIMARÃES e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.
Ausente, justificadamente o Conselheiro DANIEL SAHAGOFF.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 13855.001711/2004-24
Acórdão nº. : 105-15.895

Recurso nº. : 147.241
Recorrente : ROSANA EMILIO LEMOS IGARAPAVA - ME

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão recorrida, como segue:

"Contra a empresa, acima identificada, foi lavrado o auto de infração de fl. 05, que lhe exigiu a Cofins dos períodos compreendidos entre 31/03/2000 a 31/12/2003, em razão de ter sido constatada pela fiscalização divergência entre valores escriturados e os declarados/pagos pela interessada.

"Enquadramento legal: art. 77, III, do Decreto-lei nº 5.844, de 1943; art. 149 da Lei nº 5.172, de 1996; art. 1º da Lei Complementar nº 07/91; arts. 2º, 3º, e 8º da Lei nº 9.718, de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858, de 1999 e art. 2º, II, e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 2002.

"Foram exigidos os valores de R\$ 47.520,26 de contribuição; R\$ 21.820,14 de juros de mora (calculados até 30/09/2004) e R\$ 36.640,03 de multa proporcional, totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 104.980,43.

"A base legal da penalidade aplicada e dos encargos moratórios encontra-se às fls. 15/16, assim fundamentada:

"Multa:

"Lei Complementar nº 07/91, art. 10, parágrafo único; nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 44, I.

"Juros de mora:

A partir de janeiro de 1997 (para os fatos geradores a partir de 01/01/97): percentual equivalente a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente. Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 3º.

"De acordo com o 'Relatório da Fiscalização', fls 17 a 19, a empresa foi



Processo nº. : 13855.001711/2004-24
Acórdão nº. : 105-15.895

excluída de ofício do Simples pelo Ato Declaratório Executivo nº 13, publicado no Diário Oficial da União no dia 10/09/2004, com retificação publicada no dia 14/09/2004, com efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 1997, em razão de sua atividade econômica (Comércio Varejista de Máquinas e Equipamentos Industriais e Prestação de Serviços e Manutenção em Máquinas e Equipamentos Industriais), conforme Processo Administrativo nº 13855.0001341/2004-25.

"À vista disso, o contribuinte foi intimado a manifestar-se sobre a forma de apuração dos tributos, tendo em resposta à intimação optado pela tributação pelo lucro presumido.

"Diante disso, a fiscalização elaborou as planilhas de fls. 22 a 25, com base nos livros fiscais e livro Caixa, em que apurou-se diferenças entre os valores escriturados e os declarados pagos.

"Regularmente cientificado ingressou com a impugnação de fls. 138 a 151, onde, em síntese, alega:

"a) Ilegalidade da exclusão da empresa do Simples.

"Insurge-se contra a exclusão do Simples que considera ilegal.

"b) Adoção do regime de competência em detrimento do regime de caixa, para a apuração do tributo com base no lucro presumido.

"Alega que o agente fiscal ignorou a opção de determinar a base de cálculo do imposto com base no regime de caixa conforme permitido pela IN 104/98.

"c) Não dedução dos valores recolhidos no sistema Simples.

"Argui que o autuante não teria deduzido da base de cálculo o valor recolhido na sistemática do Simples.

"d) Adoção indevida da taxa Selic para atualização dos débitos.



Processo nº. : 13855.001711/2004-24
Acórdão nº. : 105-15.895

"A impugnante insurge-se contra a utilização da taxa Selic a título de juros de mora, pois, entende que a mesma não poderia sobrepor-se aos ditames constitucionais que prevêem leis próprias, com as limitações do poder de tributar (arts. 144 e 145 da Constituição Federal).

"Aduz que, para que a taxa Selic possa ser cobrada para fins tributários, há imperiosa necessidade de lei estabelecendo os critérios para sua exteriorização, o que não ocorreu até a presente data. Destaca em sua impugnação que não está discutindo se a taxa Selic foi ou não instituída por lei, mas sim, se a mesma foi legalmente instituída para fins tributários, mediante lei válida no sistema atual vigente.

"e) Adoção de multa com natureza confiscatória.

"Insurge-se, contra a cobrança da multa de ofício, eis que a estipulação de multa em 75% mostra-se totalmente confiscatória, ofendendo os princípios basilares insculpidos em nossa Constituição, quais sejam: o do direito de propriedade, o direito de herança e o direito do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

"Alega que, no presente caso, o valor da multa ultrapassa os limites da razoabilidade, agredindo assim, de forma violenta e sem causa, o patrimônio da empresa, configurando dessa maneira, o confisco indireto, e, por isso, flagrantemente inconstitucional.

"f) cobrança retroativa de tributos.

"Alega que a autuação retroagiu no tempo, ferindo frontalmente os princípios constitucionais do direito adquirido, da irretroatividade das leis e da anterioridade da legislação tributária.

"g) Enquadramento no Refis.

"Requer, caso seja mantida a exigência fiscal, total ou parcialmente, que a mesma seja parcelada nos moldes previstos no Refis.

A Primeira Turma Julgadora da DRJ em Ribeirão Preto (SP), através do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 13855.001711/2004-24
Acórdão nº. : 105-15.895

acórdão de fls. 176/189, julgou procedente a ação fiscal, estando o mesmo assim ementado:

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS – DIFERENÇA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO – Constatada a falta e/ou insuficiência de recolhimentos do IRPJ, correto o lançamento de ofício para exigência do crédito tributário apurado a partir dos registros contábeis e declarações da contribuinte.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO – JUROS DE MORA – CABIMENTO – CONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE JURISDICIONAL – A falta de pagamento do tributo na data do vencimento implica a exigência de juros moratórios, tendo a aplicação da taxa SELIC previsão legal, cujo controle de constitucionalidade compete às instâncias judiciais.

MULTA – CARÁTER CONFISCATÓRIO – PERCENTUAL – LEGALIDADE – A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu. O percentual de multa de lançamento de ofício é previsto legalmente, não cabendo sua discussão subjetiva em âmbito administrativo.

NULIDADE DO LANÇAMENTO – DESCABIMENTO – Somente será considerado nulo o lançamento, se presente quaisquer das situações previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE – LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS – As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – MATÉRIA ESTRANHA AOS AUTOS – EXCLUSÃO DO SIMPLES – Não se conhece da impugnação de matéria que não foi objeto do Auto de Infração.

Cientificada da decisão (fls. 199), a interessada, tempestivamente, interpôs o recurso voluntário de fls. 200/211, tornando a suscitar as questões trazidas com a impugnação.

Arrolamento de bens certificado às fls. 214.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 13855.001711/2004-24
Acórdão nº. : 105-15.895

VOTO

Conselheiro IRINEU BIANCHI, Relator

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso voluntário merece ser conhecido.

PRELIMINARMENTE

Suscito de ofício a nulidade da decisão de primeira instância. A recorrente foi excluída do SIMPLES segundo se colhe dos autos, através do Ato Declaratório Executivo DRF/FRANCA SP nº 12, que teria sido publicado no Diário Oficial da União na data de 10 de setembro de 2004.

A ação fiscalizadora foi deflagrada em 22 de junho de 2004, consoante o MPF de fls. 01, motivada pela Representação Administrativa do INSS (fls. 46/48), enquanto que o auto de infração foi lavrado na data de 7 de outubro do mesmo ano.

Entendo que o Auto de Infração não poderia ter sido lavrado antes de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias que a recorrente dispunha para contestar o mérito da exclusão do SIMPLES.

É bem verdade que a interessada não ofertou qualquer insurgência junto ao processo específico que a excluiu do SIMPLES. Porém, já no dia 15 de setembro de 2004, cinco dias após a exclusão, a fiscalização endereçou intimação à interessada (fls. 28/29), instando-a a manifestar-se expressamente sobre a forma de apuração dos tributos, se Lucro Presumido ou Lucro Real, tendo em vista os efeitos da referida exclusão.

Ora, agindo como agiu, a fiscalização induziu a interessada a apresentar sua defesa de forma integral, num só momento, abordando, tanto os aspectos que dizem respeito à exclusão do SIMPLES, como aqueles relacionados com as exigências tributárias.

E assim o fez a interessada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 13855.001711/2004-24
Acórdão nº. : 105-15.895

E, ao não ser apreciada a matéria relativa à exclusão do SIMPLES, se afigura a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa da recorrente.

Acrescento que a SRF editou a Portaria número 6.129, de 02 de dezembro de 2005, cujo art. 1º, inciso II, prevê o seguinte:

Art. 1º. Serão objeto de um único processo administrativo:

(...)

II - à exclusão do Simples, à suspensão de imunidade ou de isenção ou à não-homologação de compensação e o lançamento de ofício de crédito tributário delas decorrentes; (grifei)

Embora aquele diploma tenha surgido em data posterior à da decisão recorrida, é claro o interesse nele estampado no sentido de serem os feitos julgados num mesmo momento.

Diante do exposto, conheço do recurso e voto no sentido de anular a decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa, e, reunidos os processos, outra em seu lugar seja proferida, com o julgamento simultâneo das questões relacionadas com a exclusão do SIMPLES e com o auto de infração.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 28 de julho de 2006.

IRINEU BIANCHI