



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.731464/2012-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-002.275 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 13 de janeiro de 2021
Recorrente EMIVE LOCACAO DE EQUIPAMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA.

Carece de fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa, na medida em que, tanto na fase fiscalizatória (procedimental), regida pelo princípio inquisitório, quanto na fase impugnatória (processual), ocasião em que foi inaugurada a fase do contraditório, o contribuinte teve ampla oportunidade de exercer o seu direito de defesa.

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO.

Deve ser excluída do regime do Simples Federal a pessoa jurídica que incorre em prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do inciso V, ao art. 14 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sergio Abelson – Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva- Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), Andréa Machado Millan e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 22-66.975, da DRJ/RJI, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/BHE Nº 292, de 13 de dezembro de 2010, que excluiu a ora recorrente do

Simples Federal face à prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do inciso V, ao art. 14, da Lei 9.317/96.

Na Representação Fiscal Administrativa (fls. 02/09), o agente relatou as seguintes infrações:

a.1) Descrição sumária da Infração

Intimada mediante Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, com ciência em 02/04/2012, o interessado apresentou ao Fisco o Livro Diário de Nº 02 (exercício 2007) encadernado e registrado na JUCEMG sob o nº 99101509, com omissão de informações verdadeiras deixando de contabilizar diversos documentos conforme identificados no Anexo I desta Representação (fls. 10/12). Deixou também de exibir ao Fisco, além desses documentos identificados no Anexo retrocitado, diversos outros documentos relacionados com as contribuições previstas na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, relacionados no TERMO DE CONSTATAÇÃO E INTIMAÇÃO FISCAL nº 01, com destaque para contracheques ou recibos de pagamento correspondentes às remunerações dos trabalhadores, informadas na RAIS ou DIRF.

a.2) Dispositivo Legal Infringido

Art. 33, §§ 2º 3º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no D.O.U. de 25/07/91, c/c os artigos 232 e 233 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, publicado no D.O.U. de 07/05/99, na redação do Decreto nº 3.265, de 29 de novembro de 1999, publicado no D.O.U. de 30/11/1999.

b.1) Descrição sumária da Infração

O interessado deixou de elaborar as folhas de pagamento de forma coletiva por estabelecimento, agrupando os segurados por categoria, com a correspondente totalização, deixando de incluir a totalidade das remunerações pagas a todos os seus segurados, conforme demonstradas no Anexo I desta Representação, estando a mesma em desacordo com os padrões e normas estabelecidos pelo INSS/RFB. Nas folhas de pagamento apresentadas não foram incluídas diversas verbas pagas a empregados “extrafolha” e “extracontábil” (comissões, premiações, metas), noticiadas pelos reclamantes e reconhecidas em processos de reclamações trabalhistas, quer sejam por decisão da Justiça ou reconhecimento da própria reclamada mediante proposta de acordo judicial, conforme identificadas, mês a mês, em planilhas de cálculos elaboradas pela empresa que acompanharam as sentenças ou Atas de Homologação.

b.2) Dispositivo Legal Infringido

Artigo 32, inciso I da Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no D.O.U. de 25/07/91; combinado com o artigo 225, inciso I e § 9.º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº. 3.048, de 6 de maio de 1999, publicado no D.O.U. de 07/05/99, na redação do Decreto nº. 3.265, de 29 de novembro de 1999, publicado no D.O.U. de 30/11/1999.

c.1) Descrição sumária da Infração

O interessado apresentou Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social – GFIP, declaração a que se refere à Lei nº 8.212, de 24/07/91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97 e redação da MP nº 449, de 03/12/2008 (DOU de 04/12/2008), convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, com incorreções e omissões nos dados relacionados aos fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS, conforme demonstrado no anexo I desta Representação.

c.2) Dispositivo Legal Infringido

Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, art. 32, inciso IV, com a redação dada pela MP n.º 449, de 03/12/2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 27/05/2009.

d.1) Descrição sumária da Infração

O interessado deixou de prestar à RFB todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização, mediante apresentação da movimentação de caixa e bancos, conforme solicitada, mediante Termos de Constatação e Intimação Fiscal de n.º 01, 02 e 03, com ciência em 03/09/2012, 13/11/2012 e 26/11/2012, respectivamente. Conforme Ofício de 03/12/2012, a intimada não atendeu à Fiscalização, se limitando a informar que não logrou êxito em identificar os lançamentos em sua escrita fiscal, se omitindo mais uma vez, quanto a apresentação da documentação de caixa.

d.2) Dispositivo Legal Infringido

Art. 32, inciso III e § 11, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no D.O.U. de 25/07/91, combinado com art. 225, inciso III, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, publicado no D.O.U. de 07/05/99.

A fiscalização ressaltou ainda que, da análise, na íntegra, dos processos de reclamatórias, restou inofismavelmente reconhecida a prática de pagamento extrafolha e extracontábil (pagamento “por fora”), quer seja por decisão da Justiça Trabalhista ou reconhecimento da própria reclamada mediante proposta de acordo judicial, cujas sentenças ou Atas de Homologação se fizeram acompanhar de planilhas de cálculos elaboradas pela empresa com identificação, mês a mês, de verbas “extrafolha” (comissões, premiações, metas), bem como, de pagamentos efetuados a trabalhadores tidos pela reclamada como “autônomos”, repise-se, remunerações omitidas na Escrituração Contábil, DIRF, GFIP e folhas de pagamento, num flagrante descumprimento legislação previdenciária, trabalhista ou tributária.

A prática reiterada de infração à legislação tributária caracteriza situação excludente do Simples Federal, prevista no inciso V do art. 14 da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

Em sua Manifestação de Inconformidade (MI), a ora recorrente alegou cerceamento do seu direito de defesa, posto não ser possível identificar os motivos de exclusão do Simples, uma vez que são genéricas as acusações que fundamentaram o Ato Declaratório Executivo.

A DRJ, em síntese, alega que a ora recorrente infringiu o inciso IX, ao art. 9º, da Lei 9.317/96, ou seja tinha um sócio que participava de outra empresa, com mais de 10% do capital e que a receita bruta extrapolou o limite legal. Assim, deveria espontaneamente ter solicitado a sua exclusão do regime.

Argumentou, ainda que não há informações suficientes para cercar de segurança jurídica o Ato Administrativo de exclusão, tornando-o insustentável, posto que cerceia o direito de defesa e fere o devido processo legal e que a lei tributária que define infração, ou lhe comina penalidades, deve ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida, quanto às circunstâncias materiais do fato (art.112, II, CTN).

O julgamento foi convertido em diligência, em 08/04/2014 tendo sido concedido novo prazo para impugnação.

A ora recorrente aditou a sua MI, acrescentando que:

. que não há que se falar em "novo" prazo para impugnação, vez que, tecnicamente, impugnação jamais foi apresentada, e sim, Manifestação de Inconformidade.

. que houve o formal e expresso reconhecimento pela DRJ/RJI quanto à falha no ADE, falha esta que resultou no cerceamento do direito de defesa alegado na Manifestação de Inconformidade

. que, outras novas falhas se verificam na decisão proferida pela DRJ/RJI, e que, mais uma vez, resultou no cerceamento do direito de defesa.

. que o Despacho da 8ª Turma da DRJ/RJI não foi encaminhado à Contribuinte, que somente conseguiu obtê-lo após incansáveis diligências junto à DRF em Belo Horizonte.

. que o Despacho em tela é absolutamente essencial à compreensão dos fatos que levaram a DRJ/RJI a entender pela concessão de novo prazo para impugnação, sem o qual não há como manifestar-se através de "nova impugnação".

. que a não remessa à Contribuinte do Despacho proferido pela DRJ/RJI, e contra o qual lhe foi facultado apresentar impugnação, fere de morte o direito de defesa da mesma, já que é impossível impugnar ato contra o qual não tem pleno conhecimento

. que, tendo sido constatada a grave falha processual, de forma a se fazer necessário o retomo do processo para a remessa dos demais documentos essenciais à Contribuinte, e principalmente, que fosse facultada à mesma a apresentação de "nova impugnação", há que ser também, e por via de consequência, declarado nula a ciência da Contribuinte em dezembro de 2012, quanto à sua exclusão do Simples através do ADE DRF/BHE/nº 292/2012, vez que não dispôs a mesma, à época, dos elementos necessários e essenciais à compreensão quanto às razões que estariam levando à sua exclusão daquele sistema simplificado.

A DRJ rejeitou a preliminar de cerceamento do direito de defesa posto que a ora recorrente teve o pleno conhecimento das infrações, que lhe foram imputadas, que motivaram a sua exclusão do regime e que oportunidade não faltou para que exercesse o seu direito de defesa.

Adicionalmente, argumenta:

Antes, porém, um esclarecimento ao interessado: a rigor, não há qualquer diferença de conteúdo entre “impugnação” e “manifestação de inconformidade”. Ambas são instrumentos de defesa oportunizados ao interessado para viabilizar sua defesa perante às DRJs. Apenas por uma questão meramente formal, efetuou-se essa diferenciação de terminologia entre impugnação (ex: defesa contra auto de infração) e manifestação de inconformidade (ex: defesa contra exclusão do simples).

Analisando o conteúdo da Representação Administrativa para Exclusão do Simples Federal (fls. 02/09) e do anexo I (fls. 10/12), verifica-se que a fiscalização descreveu minuciosamente e detalhadamente as infrações cometidas pelo interessado que culminaram na sua exclusão do Simples. Observa-se também que na referida Representação a fiscalização nada mais fez do que relatar as intimações efetuadas ao interessado e as respectivas respostas obtidas, as quais deram respaldo às suas conclusões para exclusão do Simples. A rigor, é inequívoco que o interessado teve ampla oportunidade de se defender, ainda durante a fase fiscalizatória, quando vigora o princípio inquisitório, antes, portanto, de ser consumada a sua exclusão do Simples, e não o fez.

Adiante, comenta que seria perfeitamente possível o interessado ter se defendido posto que *documentos elaborados pela fiscalização foram, como já mencionado, resultado das intimações e respostas do próprio interessado, sobre as quais detinha perfeito conhecimento. Ademais, se havia alguma dúvida, bastava consultar e pedir cópia do presente processo, já que o referido Ato de exclusão fazia menção expressa ao mesmo*

Para que não restassem dúvidas, o julgamento foi convertido em diligência para que:

Fosse e enviada ao interessado cópia da Representação Interna para Exclusão do Simples Federal, fls. 02/09, assim como do anexo I, fls. 10/12, concedendo ao mesmo novo prazo para Impugnação [Manifestação de Inconformidade].

Portanto, por via das dúvidas, a autoridade julgadora “saneou” eventual falha processual porventura ocorrida, dando conhecimento da Representação Interna para Exclusão do Simples Federal, fls. 02/09, assim como do anexo I, fls. 10/12, permitindo ao interessado a apresentação de nova defesa.

Mas o interessado, no aditamento à manifestação de inconformidade, mais uma vez, preferiu não apresentar sua defesa de mérito, alegando que o não encaminhamento do Despacho de diligência teria cerceado o seu direito de defesa.

Registre-se que o interessado alega que não teria recebido, tão somente, o Despacho de diligência. Portanto, não paira qualquer dúvida de que efetivamente recebeu a Representação Interna para Exclusão do Simples Federal, fls. 02/09, assim como do anexo I, fls. 10/12, o que já seria mais do que suficiente para apresentação de sua defesa. E mesmo que o referido Despacho de diligência não tenha sido encaminhado, o interessado não nega que dele tomou conhecimento, conforme se extrai de trecho do aditamento da manifestação de inconformidade, item 10 (fl. 222): “No entanto, apesar de o Ofício nº 198 em tela mencionar o “Despacho da 8ª Turma da DRJ/RJI”, não foi o mesmo encaminhado à Contribuinte, que somente conseguiu obtê-lo após incansáveis diligências junto à DRF em Belo Horizonte.”

Ora, que diferença faz como o interessado tomou conhecimento do Despacho de diligência. O fato é que foi cientificado, tendo, inclusive, efetuado transcrições de trechos do mesmo (item 7 do aditamento à manifestação de inconformidade – fl. 221).

Em resumo, em que pese o princípio do contraditório não ser inerente à fase fiscalizatória, na qual a autoridade fiscal tem a ampla liberdade para investigar e formar sua convicção, nota-se, no presente caso, por meio da Representação Interna para Exclusão do Simples Federal, que foi estabelecido um contraditório, já que o interessado teve a plena oportunidade de trazer os elementos de prova de que dispunha, mas não o fez.

Assim, rejeitou a preliminar. Quanto ao mérito, cita o art. 14, inciso V, da Lei 9.317/96:

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

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

Faz menção, então, às infrações fiscais descritas na Representação Administrativa para Exclusão do Simples Federal e que a ora recorrente não as refutou. Manteve, portanto, a sua exclusão do referido regime.

A recorrente foi cientificada em 28/07/2014 (fl.) e apresentou o seu Recurso Voluntário (RV), em 19/08/2014 (fl.244), onde novamente alega cerceamento do direito de

defesa, tal como o fizera em sede de MI por conta do fato de o ADE não ter detalhado as condutas que a levaram a exclusão do regime e que deveria ter sido acompanhado da Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional.

Alega que a DRJ reconheceu a falha ao determinar a diligência e que novas falhas ocorreram quando do cumprimento da diligência, posto que (transcrevo):

- Ao se cumprir o despacho da DRJ/RJi, encaminhou a DRF/BHE à Contribuinte, o Ofício nº 198/DRF/BHE/Seort (fls 213), e que, apesar de já acostado ao processo, transcrevemos adiante:

"Atendendo à determinação emanada do Despacho da 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro -DRJ/RJi, seguem em anexo, os seguintes documentos, referentes ao processo administrativo nº 15504.731465/2012-54:

- Representação interna para exclusão do Simples Nacional;
- Anexo I;

De acordo com o supracitado Despacho, V.Sa. poderá, no prazo de 30 dias, contados a partir da data do recebimento deste ofício, apresentar nova impugnação à exclusão do Simples Nacional, nos termos do Decreto 70.235, de 7 de março de 1972 e suas alterações posteriores, dirigida à DRJ/RJi" (grifamos)

No entanto, apesar de o Ofício nº 198 em tela mencionar o "Despacho da 8ª Turma da DRJ/RJi", não foi o mesmo encaminhado à Contribuinte, que somente conseguiu obtê-lo após incansáveis diligências junto à DRF em Belo Horizonte.

Importantíssimo notar que o Despacho em tela é absolutamente essencial à compreensão, pela Contribuinte, dos fatos que levaram a DRJ/RJi a entender pela concessão de novo prazo para impugnação, bem como da constatação, por aquela DRJ, quanto ao cerceamento do direito de defesa da Contribuinte quando do recebimento inicial do ADE.

E não havia como a Contribuinte, sem o conhecimento integral do referido Despacho, manifestar-se através de "nova impugnação", vez que não foi facultado conhecimento do despacho que trouxe as razões que levaram a abertura de novo prazo para a mencionada impugnação.

Indiscutível assim que, a não remessa à Contribuinte do Despacho proferido pela DRJ/RJi, e contra o qual lhe foi facultado apresentar impugnação, feria também de morte o direito de defesa da mesma, já que seria impossível impugnar ato contra o qual não tinha pleno conhecimento!

Foi assim requerido pela Contribuinte através de instrumento protocolizado em 22/05/2014, e novamente, a declaração de nulidade do PTA em tela, face ao inequívoco cerceamento do direito de defesa da Contribuinte, ficando tal requerimento aqui ratificado em sua íntegra.

A seguir, alega a nulidade do processo posto que o ADE foi declarado falho pela DRJ:

Em abril de 2011, FOI O ADE DECLARADO FALHO PELA DRJ/RJi uma vez que entendeu a mesma que, por não ter sido encaminhado à Contribuinte determinados elementos essenciais, ocorreu o cerceamento do direito de defesa de tal sorte que

"nos termos do artigo 18 do Decreto 70.235/72. os autos devem retornar em diligência, para que tais documentos sejam enviados ao contribuinte, concedendo ao mesmo novo prazo para Impugnação." (Decisão DRJ/RJi, in verbis. grifamos)

Assim, verifica-se a falha processual posto não ter restado possível à recorrente conhecer com exatidão as razões que lhe foram imputadas e que resultaram em sua exclusão do Simples. Tanto é assim que o processo retornou à autoridade original para que fossem enviados ao contribuinte os documentos e elementos essenciais à sua defesa. Conclui que todos os atos são nulos.

Continua, para concluir que:

Veio esta mesma DRJ/RJi através do acórdão recorrido, de forma irônica e jocosa, desprezar a importância dos documentos os quais ela própria entendeu necessários a ponto de determinara reintimação da Contribuinte.

Não houve assim pela nova intimação fiscal, "saneamento" de falha processual como pretendeu a DRJ/RJi!

O que ocorreu foi uma nova intimação à Contribuinte, em decorrência do despacho da DRJ/RJi, desta vez com os elementos necessários à compreensão do suposto ilícito cometido pela mesma.

E assim o sendo, somente a partir deste momento dispôs a Contribuinte das condições reais de conhecer o que à mesma era imputado, e assim se defender de forma apropriada.

Ora! Se dispensável ou não essencial fosse facultar à Contribuinte as informações determinadas pela DRJ/RJi, não haveria razão para não se julgar o feito naquela oportunidade, gastando tempo e recursos na devolução do PTA à autoridade fiscal para nova intimação à Contribuinte...!!!

E em assim o sendo, somente após ter a Contribuinte a seu dispor todos os elementos necessários ao conhecimento do que lhe era imputado, há que ser considerado como efetiva e regularmente cientificada a mesma para todos os fins de Direito, mais especificamente quanto à contagem do prazo decadencial.

Culmina, pedindo:

Ante a tudo o que foi exposto, reiteram-se os pedidos realizados na presente peça, bem como se ratifica de forma expressa, como se aqui estivessem transcritos, todos os argumentos e pedidos expostos no instrumento protocolizado em 22/05/2014.

E é pelo que pede e espera deferimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Verifica-se da longa narrativa que, em síntese, a recorrente requer a nulidade do processo por ter havido o cerceamento do direito de defesa, já que não estava disponíveis os elementos necessários à elaboração de sua peça de defesa.

O que é uma alegação deveras estranha, posto que, todos os meios lhe foram colocados à disposição, principalmente, ao ter convertido o julgamento em diligência e lhe proporcionado o conhecimento detalhado de todas as infrações imputadas, assim como a concessão do prazo adicional para a sua impugnação.

As demais alegações foram corretamente refutadas pela DRJ, peço a devida vênia para repetir e a ela aderir (aderir, com base no artigo 50, da Lei 9.784/99):

Registre-se que o interessado alega que não teria recebido, tão somente, o Despacho de diligência. Portanto, não paira qualquer dúvida de que efetivamente recebeu a Representação Interna para Exclusão do Simples Federal, fls. 02/09, assim como do anexo I, fls. 10/12, o que já seria mais do que suficiente para apresentação de sua defesa. E mesmo que o referido Despacho de diligência não tenha sido encaminhado, o interessado não nega que dele tomou conhecimento, conforme se extrai de trecho do aditamento da manifestação de inconformidade, item 10 (fl. 222): “No entanto, apesar de o Ofício nº 198 em tela mencionar o “Despacho da 8ª Turma da DRJ/RJ”, não foi o mesmo encaminhado à Contribuinte, que somente conseguiu obtê-lo após incansáveis diligências junto à DRF em Belo Horizonte.”

Ora, que diferença faz como o interessado tomou conhecimento do Despacho de diligência. O fato é que foi cientificado, tendo, inclusive, efetuado transcrições de trechos do mesmo (item 7 do aditamento à manifestação de inconformidade – fl. 221).

Em resumo, em que pese o princípio do contraditório não ser inerente à fase fiscalizatória, na qual a autoridade fiscal tem a ampla liberdade para investigar e formar sua convicção, nota-se, no presente caso, por meio da Representação Interna para Exclusão do Simples Federal, que foi estabelecido um contraditório, já que o interessado teve a plena oportunidade de trazer os elementos de prova de que dispunha, mas não o fez.

Por último, a recorrente alegou ainda:

E em assim o sendo, somente após ter a Contribuinte a seu dispor todos os elementos necessários ao conhecimento do que lhe era imputado, há que ser considerado como efetiva e regularmente cientificada a mesma para todos os fins de Direito, mais especificamente quanto à contagem do prazo decadencial.

Novamente, estranha a alegação posto que lhe foi dado 30 dias adicionais para a apresentação de sua impugnação, porém, a recorrente abriu mão de apresentar as suas alegações de mérito limitando-se à alegar nulidade. Não há o que se falar em decadência na medida em que não há crédito tributário envolvido neste processo, posto tratar-se de exclusão do regime do Simples Federal.

Portanto, entendo não estarem presentes os elementos previstos no inciso II, ao art. 59, do Decreto 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Todas as infrações foram detalhadamente descritas com as respectivas bases legais. Portanto, correta a exclusão do regime do simples, com base no inciso V, ao art. 14, da Lei 9.317/96.

Consequentemente, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva