



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

Processo nº 10510.721876/2011-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.996 – 3ª Turma Especial
Sessão de 18 de fevereiro de 2014
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.
Recorrente BARROS FILHOS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - ME.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2006 a 01/01/2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. APRESENTAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. ADE COM EFEITOS SUSPENSOS. INOCORRÊNCIA. A CONTESTAÇÃO AO ADE É AUSENTE DE EFEITO SUSPENSIVO. O ATO FISCALIZATÓRIO E O LANÇAMENTO SÃO DIREITOS POTESTATIVOS DO FISCO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BENÉFICA, QUANTO À MULTA RELACIONADA À GFIP.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator para corrigir a multa do Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.323.473-2, CFL.68, para a determinada no artigo 32 - A, I, da Lei 8.212/91.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

Processo nº 10510.721876/2011-58
Acórdão n.º **2803-002.996**

S2-TE03
Fl. 269

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.323.490-2, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa das categorias de empregados e contribuintes individuais, parte patronal; SAT e contribuição da empresa sobre a remuneração do contribuinte individual, bem como o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.323.479-1, que objetiva o lançamento das contribuições próprias dos trabalhadores, decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa da categoria de contribuinte individual, bem assim Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.323.477-5, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa da categoria de empregados, relativamente às contribuições devidas a terceiros - outras entidades e fundos, e, ainda, o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.323.473-2, CFL.68, apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, parágrafo 5º., também, acrescentado pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º., do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 78 a 82, com período de apuração de 07/2006 a 12/2010, conforme Termo e Início de Procedimento Fiscal - TIFP, de fls. 159.

O sujeito passivo foi cientificado das autuações, em 10/06/2011, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 02; 41; e 47, e do Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA, em 10/06/2011, fls. 74.

O contribuinte apresentou suas defesas, em 06/07/2011, as fls. 181 a 185; 186 a 190; 191 a 195 e 196 a 200, acompanhada dos documentos, de fls. 201 a 221.

As defesas foram consideradas tempestivas, fls. 222 a 226.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 07-32.208 - 5ª, Turma DRJ/FNS, em 08/08/2013, fls. 231 a 236.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 19/08/2013, conforme AR, de fls. 245.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 250 a 257, recebido, em 16/09/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 250, acompanhado dos documentos, de fls. 258 a 261.

Mérito.

- que a recorrente não está excluída do sistema de tributação do SIMPLES, pois apresentou manifestação de inconformidade em face do ADE, bem como continua sendo tributada por esse sistema, ainda, hoje, o que comprova a sua não exclusão;
- que uma vez ofertado prazo para contestar o ADE apresentada esta contestação o ato administrativo tem seus efeitos suspensos, cita jurisprudência;
- Por fim a recorrente espera e requer: a) acolhimento do recurso, com o cancelamento dos débitos fiscais.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 266.

Os autos subiram ao CARF, fls. 266.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Não assiste razão a recorrente ao dizer que não está excluída do sistema SIMPLES seja o Federal ou o Nacional, pois a apresentação de manifestação de inconformidade não tem efeito suspensivo, apenas não atingindo definitividade o ato de exclusão até o julgamento final das causas de exclusão.

O recolhimento dos tributos em determinado regime de tributação, não prova o direito do contribuinte em se utilizar desse regime, pois pode haver erro do contribuinte no seu autoenquadramento, bem como na escolha e utilização do regime tributário praticado.

O fisco pode e deve a qualquer tempo verificar a situação do contribuinte e enquadrá-la e conformá-la dentro das determinações legais, inclusive, com o lançamento dos tributos devidos.

A oferta de prazo para contestar o ADE não implica em efeito suspensivo dos efeitos deste, mas apenas a ausência de sua definitividade, caso fosse para o ADE ter efeito suspensivo o legislador ordinário na tramitação do projeto de lei que culminou com a Lei 9.317/96 e com a LC 123/2006, teria inserido um artigo nos citados projetos, com tal previsão é isso não existe, assim sendo como a Administração Pública deve pautar-se pelos princípios constitucionais, artigo 37, *caput*, da CRFB/88 e sendo um deles o da legalidade, não havendo previsão legal de efeito suspensivo não há como concedê-lo, no processo que discute a exclusão do sistema de tributação do SIMPLES.

Ademais, ainda, que existisse a possibilidade de concessão de efeito suspensivo no processo administrativo que discute a exclusão do contribuinte do sistema SIMPLES isso não implica dizer que o fisco fique impossibilitado de exercer o seu mister, pois a execução da ação fiscal ou do procedimento fiscalizatório, bem como o lançamento dos tributos decorrentes dessas atividade é direito potestativo do fisco, que independe de qualquer atitude do contribuinte, observe-se, o que a seguir se transcreve.

Lei 5.172/66

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

[illegible]

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. 1. No tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN). 2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. 3. O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial. 4. Súmula TFR 153: "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos". 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial. (EDRESP 200900655845, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 14/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUÊNAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao

*lançamento." 2. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do **direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento**, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em FALTA O JULGAMENTO AGUARDAR) 4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a **constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em***

15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a execução ajuizada tão somente em 21.03.2005. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuassem o lançamento de ofício substitutivo. 7. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 201001395597, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 24/11/2010)

TRIBUTÁRIO - IOF - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - FATO GERADOR - DRAWBACK - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - IRRELEVÂNCIA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO POTESTATIVO AO LANÇAMENTO. 1. O IOF não é tributo inerente à atividade de importação/exportação e não integra, em regra, o Termo de Compromisso, forma de constituição do crédito tributário prevista na legislação aduaneira. 2. O fato gerador do IOF na operação de câmbio é a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este, nos termos do art. 63, II, do CTN. 3. A decadência, direito potestativo, não se interrompe, nem se suspende, de modo que o regime aduaneiro de drawback é irrelevante na fixação do termo inicial do prazo para a constituição do crédito tributário. 4. Recurso especial provido. (RESP 200702726133, ELLIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 18/02/2009)

Para uma melhor compreensão, pode-se citar o estado de sujeição em que se encontra o contribuinte ao lançamento tributário, não lhe sendo possível impedir o direito de a Fazenda Pública lançar o tributo. Efetuado o lançamento, no entanto, o sujeito passivo poderá simplesmente não realizar o pagamento, frustrando, então, a pretensão da Fazenda.

Nesse caso, o prazo para o Fisco efetuar o lançamento tributário (direito potestativo), segundo essa tese, seria de decadência. Já o prazo para a cobrança do crédito tributário não pago (direito a uma pretensão) de prescrição.¹

O processo de determinação e exigência do crédito tributário, ou processo de acerto, ou simplesmente o lançamento

¹ HABLE, José. Decadência e prescrição no direito civil em confronto com o direito tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1941, 24 out. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11878>. Auditor tributário da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, graduado em Agronomia pela UFPR, Administração de Empresas pela FAE e em Direito pela CEUB, pós-graduado em Direito Tributário pelo ICAT, mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB, professor de Direito Tributário é autor do livro: "A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo"

tributário, dividi-se em duas fase: (a) unilateral ou não contenciosa e (b) bilateral, contenciosa ou litigiosa.

Este processo também tem recebido a denominação de ação fiscal.

A fase não contenciosa é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo.

A fase não contenciosa ou unilateral termina com o termo de encerramento de fiscalização, que será acompanhado de um auto de infração nos casos em que alguma infração da legislação tributária tenha sido constatada.

Denomina-se auto de infração o documento no qual o agente da autoridade da Administração tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal.²

(todos os grifos são meus).

Assim em nada afetaria o lançamento a existência de efeito suspensivo ao ADE, pois a ação fiscal ou o procedimento fiscal e o lançamento são direitos potestativos do fisco, lembro, ainda, que o alegado efeito suspensivo em razão da contestação do ADE inexistente.

Pelos motivos expostos, bem como por não ter efeitos em razão de terceiros, não participante dos ações judiciais as jurisprudências citadas não se aplicam ao presente caso.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente.

Todavia, no que tange ao Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.323.473-2, CFL.68, as normas introduzidas pela nova legislação MP 449, convertida na Lei 11.941/2009, que implantou na Lei 8.212/91, o artigo 32 – A, I, traz novo patamar de multa a ser aplicada em substituição a multa do artigo 32, parágrafo 4º e 5º, da Lei 8.212/91 que foi aplicado, devendo tal valor ser recalculado, exclusivamente, nos preceitos determinados na lei e nada mais.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial para corrigir a multa do Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.323.473-2, CFL.68, para a determinada no artigo 32 – A, I, da Lei 8.212/91.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.