



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

Processo nº	10640.003930/2010-13
Recurso nº	000000 Voluntário
Acórdão nº	2402-002.804 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	20 ^{de} junho de 2012
Matéria	CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente	INDÚSTRIA DE MÓVEIS RUFATO LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

EXCLUSÃO DO SIMPLES - COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO CARF

Cabe à Primeira Seção do CARF analisar recurso contra decisão de primeira instância que tenha decidido sobre ato de exclusão de empresa do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL, bem como a data de início de seus efeitos
SUSPENSÃO EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - LANÇAMENTO - POSSIBILIDADE

As reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário, impedem sua cobrança mas não a sua constituição. De igual forma, a suspensão da exigibilidade do crédito não representa óbice ao andamento do contencioso administrativo fiscal

INCONSTITUCIONALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a argüição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

MULTA DE MORA – ESCALONAMENTO – LIMITE 75% - OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

No que tange à aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação principal, aplica-se a legislação vigente à época dos fatos geradores. Assim, até a edição da MP nº 449/2008, a multa a ser aplicada no lançamento da obrigação principal é aquela prevista no art. 35 e incisos da Lei nº

8.212/1991, limitada ao valor da multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996 em obediência ao princípio da razoabilidade
Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por maioria de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, em dar provimento parcial para limitação da multa ao percentual de 75%, vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares e Thiago Taborda Simões que limitavam a multa ao percentual de 20%.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Igor Araújo Soares, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa incidentes sobre valores pagos a contribuintes individuais.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 08/13), a empresa foi excluída de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, a partir de 01/2006, conforme Ato Declaratório Executivo nº 45 de 06/05/2010.

A auditoria fiscal informa que da análise dos lançamentos constantes no Livro Diário, observou-se diversos despesas efetuadas, para as quais foi solicitada a apresentação da documentação correspondente.

Diante da entrega sempre incompleta da documentação e a ausência de esclarecimentos quanto a determinados lançamentos, os quais estão especificados no Relatório Fiscal, a auditoria entendeu por considerar como base de cálculo os valores pagos a terceiros, pessoas físicas não identificadas, pagamentos estes efetuados por meio de cheques para "suprimento de caixa", bem como os pagamentos efetuados a pessoas físicas sob o título de "Despesas C/Seguro de Vida/BRASILPREV", ou seja, plano de previdência privada, apenas para os sócios da empresa.

Na planilha de folhas 69/86, a auditoria fiscal relaciona os pagamentos apurados na contabilidade, os quais foram considerados pagamentos a contribuintes individuais não identificados.

Com a edição da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, que alterou as multas aplicadas tanto no caso de descumprimento de obrigações acessórias como principais, a auditoria fiscal, sob o argumento de apurar a situação mais benéfica ao sujeito passivo, efetuou o cálculo da multa pela legislação anterior e pela legislação superveniente, a fim de verificar a melhor situação para o contribuinte.

Para tanto, efetuou a soma da multa pelo descumprimento da obrigação acessória de declarar os fatos geradores em GFIP, prevista no art. 32, inc. IV e §§ 3º e 5º, Lei nº 8.212/91, com a multa de mora do art. 35 da Lei nº 8.212/91 e comparou o resultado com a multa de ofício prevista na Lei nº 9.430/96, art. 44, inc. I, que passou a ser aplicada por força do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, incluído pelo art. 26 da Lei nº 11.941/2009.

Da comparação efetuada, restou mais benéfica ao sujeito passivo a multa aplicada conforme a legislação anterior em todas as competências.

A auditoria fiscal informa que o contribuinte contestou administrativamente a exclusão do SIMPLES.

A autuada teve ciência do lançamento em 11/01/2011 e apresentou defesa (fls. 72/85) onde alega que à época da ação fiscal, a empresa vinha sendo representada por sua

contadora a Sra. ADRIANA, que estava assumindo a parte fiscal e contábil da empresa, já que devido a um desastre ocorrido na cidade de Rodeiro e região, com chuvas, alagamentos e enchentes a empresa teve seus documentos fiscais perdidos. Assim, a nova contadora foi contratada para refazer toda contabilidade desde o ano de 2005.

Afirma que a contadora, por diversas vezes, informou aos sócios da empresa que pediu prorrogação dos prazos à auditoria fiscal por não haver conseguido finalizar a contabilidade e ainda estar acompanhando outra ação fiscal da Receita Federal por omissão de receita de valores depositados em nome de pessoa física relacionada com a empresa.

Argumenta que ao contrário do relatado pela I. Fiscal, o que se vê não é uma contabilidade com aparência de normalidade, mas uma contabilização que estava sendo refeita com total normalidade, que precisava de mais tempo para ser finalizada.

Quanto ao desenquadramento da empresa do SIMPLES, a autuada alega que a situação não estaria pacificada, haja vista a apresentação de impugnação tempestiva ainda sob análise. Assim, considera que a auditoria fiscal não poderia ter efetuado o encerramento da ação fiscal com a lavratura de autos de infração.

Para a autuada, a auditoria fiscal deveria ter sido prudente e esperado que fosse concretizado o procedimento entendido como principal, para que, somente diante de uma confirmação do desenquadramento da empresa em última instância fosse feita a lavratura, sendo nula qualquer penalidade precipitada em torno desse assunto.

Alega que a I. Fiscal relatou que a empresa não declarou de forma devida despesas lançadas em sua contabilidade, exemplificando empréstimos feitos a outras empresas através da Pessoa Física a Sra. Áurea Luiza Lopes de Freitas, que já está sendo objeto de uma fiscalização, e que a prova da irregularidade na contabilidade da empresa foi a apresentação de um contrato de mútuo o qual teve firma reconhecida após o inicio da fiscalização.

Contudo a I. Fiscal não levou em conta alguns pontos importantes, como a devida declaração na contabilidade da empresa dos depósitos na conta da Sra. Aurea, pois ninguém declararia em sua contabilidade valores de origem ilícita. Além disso, o contrato de mútuo não necessitaria de ter firma reconhecida ou mesmo ser registrado em cartório.

Afirma que em nenhum momento houve a intenção de omitir o que quer que seja e que o assunto está sendo discutido no processo que apurou a omissão de receitas.

Sobre o trabalho dos autônomos e contribuintes individuais, a autuada informa que ao contratá-los, os mesmos informaram que já contribuíam sobre o teto máximo, não precisando ser o tributo recolhido pela Impugnante.

Entende que o presente processo deve ser suspenso e ainda anexado ao que trata da omissão de receitas (exclusão do SIMPLES), dito principal para que não haja decisões conflitantes, já que uma depende da outra.

Considera que o auto de infração deve ser cancelado por não estar a empresa excluída do SIMPLES e, por consequência, não ter a empresa deixado de recolher os tributos devidos.

Tece considerações a respeito de sonegação fiscal que para restar caracterizada deve estar presente o dolo, elemento imprescindível que não pode ser presumido, mas provado.

A autuada entende que não há como agasalhar os atos praticados pela Receita Federal, destacando-se que, nem mesmo a lei poderia estabelecer uma imposição penalizadora com base em presunção absoluta, para estabelecer uma espécie de presunção legal de fraude e com base nela enquadrar os contribuintes.

Aduz que não há que se falar em tentativa de fraude ou qualquer ato intencional para ludibriar o fisco, pois em momento algum a Impugnante se negou a cumprir suas obrigações, pois apresentou todos os documentos solicitados, sempre lembrando que estava enquadrada no SIMPLES motivo pelo qual escriturou toda a sua contabilidade da forma apresentada, pois legalmente era o que deveria fazer, tanto que esta impugnando desenquadramento.

Argumenta que a multa de 75% tem caráter confiscatório e, portanto, seria inconstitucional e ilegal.

Pelo Acórdão nº 09-36.269 (fls. 102/112) a 5ª Turma da DRJ/Juiz de Fora considerou a autuação procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo onde repete as alegações já apresentadas em defesa.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para a apreciação do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente alega que teve problemas com sua contabilidade que teria sido destruída em razão de chuvas, alagamentos e enchentes que ocorreram na região. Para tanto, contratou uma nova contadora para refazer a contabilidade e esta por diversas vezes solicitou prorrogação do prazo para apresentação de documentos à autoridade fiscal e que esta ainda estaria acompanhando outra ação da Receita Federal por omissão de receitas, no caso, caracterizada pela realização de depósitos na conta de pessoa física relacionada com a empresa.

Tece considerações a fim de justificar os depósitos efetuados na conta da pessoa física, afirma que não agiu com dolo e não teve qualquer intenção de omitir receitas.

Pelos argumentos apresentados, verifica-se que a recorrente pretende demonstrar que não teria incorrido na conduta que levou-a a ser excluída do SIMPLES.

Vale salientar que o processo 10640.000999/2010-95 que trata do recurso contra o Ato Declaratório Executivo nº 45, de 06/05/2010, que excluiu a empresa do SIMPLES não foi distribuído a essa conselheira em razão de se tratar de matéria cuja competência para apreciação pertence à 1ª Seção do CARF.

Conforme alegado pela própria recorrente, houve contestação ao referido ato de exclusão da empresa do SIMPLES, a qual foi apresentada nos autos do citado processo que já se encontra na 1ª Seção do CARF, 3ª Turma Especial.

O presente processo, por sua vez, trata das contribuições da empresa, cujo lançamento ocorreu em virtude da exclusão da empresa do SIMPLES, a qual passou a ter o mesmo tratamento das demais empresas não optantes pelo referido sistema.

Entendo que não cabe apreciar no julgamento do recurso apresentado contra o lançamento em tela as questões relativas à correção ou não do ato administrativo que excluiu a empresa do SIMPLES, uma vez que essas questões foram apresentadas no recurso contra o próprio ato de exclusão.

Portanto, abstenho-me de tratar tais matérias pela razão apresentada e também porque a competência para o julgamento da questão é da Primeira Seção do CARF.

A recorrente apresenta preliminar de nulidade consubstanciada no fato do lançamento ter sido levado a efeito quando havia impugnação pendente de julgamento contra o ato de exclusão do SIMPLES.

Não se vislumbra a nulidade apontada.

A existência de contestação ao Ato Declaratório Executivo que excluiu a empresa do SIMPLES não é óbice ao lançamento das contribuições patronais, conforme entende a recorrente.

O recurso apresentado contra o ato de exclusão suspende a exigibilidade do tributo conforme dispõe o art. 151, Inciso III, do CTN, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

No entanto, a suspensão da exigibilidade do crédito não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que mantida a decisão que dava azo ao lançamento, no caso, o ato de exclusão da empresa do SIMPLES.

O prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial ou discussão administrativa, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Portanto, não poderia o fisco permanecer inerte enquanto a recorrente impugnava o ato que a excluiu do SIMPLES.

De igual forma, a contestação do ato de exclusão do SIMPLES não tem o condão de suspender o andamento do contencioso administrativo fiscal. No entanto, cabe salientar que a cobrança das contribuições ora lançadas não pode ser efetuada até o trânsito em julgado administrativo da decisão de exclusão da empresa do SIMPLES, haja vista a suspensão da exigibilidade do crédito.

A recorrente alega que ao contratar contribuintes individuais, estes informaram que já contribuíam sobre o teto máximo, não precisando ser o tributo recolhido pela Impugnante.

A alegação acima é impertinente ao presente caso que não trata do lançamento de contribuições de segurados, mas sim, à parte patronal.

A recorrente considera a multa de 75% teria caráter confiscatório e, portanto, seria constitucional e ilegal.

Cumpre lembrar que no presente lançamento não foi aplicada a multa de ofício de 75%, mas a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, vigente a época dos fatos geradores.

No que tange ao alegado caráter confiscatório da multa em afronta à própria Constituição Federal, entendo que não há que se arguir a respeito, uma vez que não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar aplicação de dispositivo vigente sob argumento de que este seria constitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que reputa inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 07/12/2010, por meio da Portaria CARF nº 49, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

Não obstante o cálculo efetuado pela auditoria fiscal para apurar qual a situação mais benéfica ao sujeito passivo no que tange às multas aplicadas, entendo que não há que se falar em aplicação da multa de ofício fixada no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, para fatos geradores ocorridos em períodos anteriores à edição da Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009. Aplica-se, sim, o artigo 35 da Lei nº 8.212/1991 na redação anterior às alterações trazidas pela citada Medida Provisória, tal qual ocorreu no presente lançamento.

Há que se ressaltar que a multa de mora, no decorrer do contencioso administrativo, era escalonada podendo chegar a 100%, no caso de execução fiscal.

Assim, em obediência ao princípio da razoabilidade, entendo que a multa deve ser aplicada observando-se o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, porém, não deve ultrapassar o percentual de 75% que correspondente à multa de ofício prevista na legislação atual

Diante do exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para determinar que a multa de mora não ultrapasse o percentual de 75%.

É como voto.

Ana Maria Bandeira