



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

Processo nº 10665.003515/2008-67
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-004.391 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de abril de 2018
Matéria contribuição previdenciária
Recorrente CARMAC – CARVOARIA MARTINHO CAMPOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA.

Afastada a nulidade por cerceamento do direito de defesa. Fiscalização que intimou o contribuinte a providenciar documentos. ônus da prova do contribuinte.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. COEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. EFEITOS. ACRÉSCIMOS LEGAIS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidente sobre a remuneração paga ou creditada a segurados empregados e contribuintes individuais.

A contestação do procedimento de exclusão do Simples não impede que sejam apuradas outras irregularidades, decorrentes ou não das tratadas no processo de exclusão, e tampouco engessa a atuação do Fisco até o momento da existência de decisão definitiva em relação àquele litígio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário, rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, José Alfredo Duarte Filho, Douglas Kakazu Kushiya, Marcelo Milton da Silva Risso, Dione Jesabel Wasilewski, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

1- Trata-se de Recurso Voluntário (fls.124/133), todas as folhas serão mencionadas pelo seu arquivo PDF, interposto pelo contribuinte contra a R. decisão da DRJ-BHE (fls. 111/117) que julgou improcedente sua Impugnação ao lançamento Auto de Infração — DEBCAD nº 37.024.388-9, lavrado em face do contribuinte acima identificado.

2 – Adoto inicialmente como complemento ao relatório a narrativa constante do V. Acórdão da DRJ (fls. 111/117) por sua precisão e clareza:

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, no montante de R\$430.098,10, consolidado em 19/12/2008, que, de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 41/44, refere-se a contribuições devidas a outras entidades/fundos, incidentes sobre os seguintes fatos geradores:

- Levantamento FNG - Valores pagos aos segurados empregados, não declarados em GFIP, no período de 01/2004 a 13º/2006;
- Levantamento PCB - Valores pagos aos segurados empregados a título de Cesta Básica, no período de 01/2004 a 12/200
- Levantamento F13 - Valores pagos a título de 13º Salário aos segurados empregados, na competência 13/2004.

O Auto de Infração - AI foi lavrado em 23/12/2008, tendo a autuada dele tomado conhecimento na mesma data, conforme atesta a assinatura de seu representante legal, às fls. 01. O sujeito passivo apresentou defesa protocolizada em 22/01/2009 (fls. 56/65), que contém em síntese:

- Alega que esteve enquadrada nos anos de 2004, 2005 e 2006 no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

- Citando o artigo 3º, § 1º, da Lei 9.317/1996, argumenta que o crédito apurado pela fiscalização não deve prevalecer, pois, as informações prestadas foram feitas com base no referido enquadramento.

- Ressalta que tomou ciência de sua exclusão do SIMPLES FEDERAL, através do Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 47 de 08 de outubro de 2008, em 21 de outubro de 2008 e com base no § 2º deste mesmo Ato, apresentou Manifestação de Inconformidade em 20/11/2008, a qual ainda não foi julgada. Conclui que a autuada não poderia ter recolhido tais contribuições e muito menos ter declarado em GFIP estes créditos.

- Lembra que o próprio Ato Declaratório traz em seu § 3º a informação de que caso não haja impugnação da exclusão no prazo previsto, a exclusão tornar-se-á definitiva. Assim, entende que a exclusão ainda não foi formalizada e, conseqüentemente, não há que se falar em contribuição de terceiros, qualquer que seja a base de cálculo.

- Requer que, se for diverso o entendimento desta delegacia, seja a multa relevada ou, na pior das hipóteses a sua redução, uma vez que os valores apurados não são devidos e por isso não foram declarados em GFIP.

- Argumenta que o auditor fiscal aponta inúmeros erros na GFIP que possuem duas origens: a primeira, se refere a exclusão do SIMPLES, dados que não são apresentados pelos inscritos neste regime tributário, a segunda, se refere a inclusão da cesta básica na remuneração dos trabalhadores.

- Observa que com a exclusão não houve nenhuma intimação do auditor fiscal para que fossem refeitas as GFIPs, como também não poderia. À época em que as declarações foram prestadas, as mesmas foram condizentes com as exigências do regime tributário então vigentes.

- Assegura que o auditor fiscal presumiu salário *in natura* com a concessão da cesta básica e efetuou a incorporação aos salários, daí que o mesmo foi encontrar os referidos erros. Entende ser absurda a autuação, pois, os supostos erros surgiram após o entendimento fiscal de que a cestas básicas deveriam incorporar as remunerações e tudo isso sem qualquer justificativa. Cita jurisprudência do TRT - 2ª R.

- Aponta que a base de cálculo efetuado pelo auditor fiscal é totalmente descabida de razão e sem qualquer elemento que configure ou que determine como chegar nos valores lançados.

- Ressalta que todas as solicitações do auditor fiscal foram prontamente atendidas. Não houve nenhuma resistência ou renúncia na entrega de documentos fiscais.

- Requer seja recebida e conhecida a impugnação para cancelar o crédito tributário apurado, com respectiva multa e juros e, não sendo este o entendimento, que seja relevada ou reduzida a multa uma vez que os valores apurados não são devidos e por isso não foram declarados em GFIP.

- Requer a juntada do instrumento de procuração, e de todos os documentos que acompanham a defesa, a produção de prova pericial, documental e diligências com a finalidade de se demonstrar os fatos alegados, e que as intimações sejam endereçadas a Leonardo de Lima Naves, OAB/MG 91.166, com endereço na rua Sergipe nº 925, 3º andar, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG – CEP 30.131-171.

Por meio dos documentos de fls. 84/96, foram efetuados procedimentos visando sanear o processo. O contribuinte apresentou instrumento de procuração, documentos dos sócios, contrato social e Aviso de Recebimento.

Diante da alegação do impugnante no processo nº 10665.003514/2008-12, lançado na mesma ação fiscal, que existem funcionários cadastrados duas vezes, o que duplica a remuneração, o processo foi baixado em diligência, conforme despacho de fl. 99. O auditor fiscal pronunciado às fls. 101/102, esclarece que quanto à alegação de duplicidade de NIT – Número de Identificação do Trabalhador, a empresa foi intimada por meio do Termo de Intimação Fiscal (fl. 104), cópia do Aviso de Recebimento à fl. 105 verso, para que apresentasse provas de sua alegação. Entretanto, o contribuinte não se manifestou (documento de fl. 106).

3 - A decisão da DRJ-BHE julgou improcedente a Impugnação do contribuinte, conforme decisão ementada abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. COEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. EFEITOS. ACRÉSCIMOS LEGAIS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidente sobre a remuneração paga ou creditada a segurados empregados e contribuintes individuais.

A contestação do procedimento de exclusão do Simples não impede que sejam apuradas outras irregularidades, decorrentes ou não das tratadas no processo de exclusão, e tampouco engessa a atuação do Fisco até o momento da existência de decisão definitiva em relação àquele litígio.

A pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

As contribuições sociais em atraso, arrecadadas pela Receita Federal do Brasil, estão sujeitas aos acréscimos legais, nos percentuais definidos pela legislação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

4 - Cientificados da decisão de piso (fls. 121/122) em 02/12/2010, o contribuinte interpôs recurso voluntário às fls. (124/133) mantendo praticamente os mesmos argumentos da impugnação e ao final requer o provimento do recurso com o cancelamento do auto de infração.

5 – Em decisão de 12/09/2017 essa C. Turma converteu o julgamento em diligência (fls. 135/140) para:

“7 – Em vista da existência de alegação do contribuinte de questionamento quanto a sua exclusão do Simples Federal, proponho a conversão do julgamento em diligência para que a autoridade preparadora informe:

a) a situação atual dos Atos Declaratórios Executivo DRF/DIV nº 46 e 48 emitidos para excluir o contribuinte do Simples e o seu inteiro teor;

b) a situação atual do(s) Processo Administrativo Fiscal em que o contribuinte questiona esses ADE nº 46 e 48 e informação quanto ao trânsito em julgado na esfera administrativa, com a juntada da decisão se possível;

c) outras informações que entender necessárias que complementem a diligência acima requerida.”

6- A autoridade lançadora se manifestou sobre a diligência às fls. 174 no seguinte sentido:

“Em atendimento à Solicitação de Diligência (fls.140), temos a informar que:

2. Em 21/10/2008 a empresa tomou ciência (fls. 146) dos Atos Declaratórios Executivos nº 46 (Exclusão do Simples Federal gerando efeitos a partir de 01/01/2004) e nº 48 (Exclusão do Simples Nacional gerando efeitos a partir de 01/07/2007) e, em 20/11/2008 foi apresentada contestação às exclusões por eles promovidas (fls. 147 a 150).

3. Em 26/12/2008 o processo 10665.002946/2008-14 foi apensado ao processo 10665.002883/2008-98 (fls. 151) e, em 06/01/2009 encaminhados à DRJ/BHE para julgamento (fls. 152).

4. Em 08/04/2009 a DRJ/BHE converteu o julgamento em diligência para juntada de documentos, realização de ciência e reabertura do prazo para manifestação (fls. 153 a 156).

5. A ciência foi dada em 07/12/2009 e não houve manifestação do contribuinte sendo os processos remetidos à DRJ/BHE para julgamento (fls. 157 a 160).

6. Em 04/02/2010 a impugnação foi julgada improcedente (Acórdão 02-25.426 – 4ª Turma da DRJ/BHE fls. 161 a 168).

7. A ciência do Acórdão foi dada em 08/03/2010 e não houve interposição de recurso (fls. 170 e 171).

8. Sendo a decisão definitiva na esfera administrativa, os processos foram remetidos ao arquivo em 19/04/2010 (fls. 172).

9. Com estas informações entendo ter prestado os esclarecimentos solicitados no item 7 da Resolução nº 2201-000.289 do CARF.”

7 - É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso

8 – O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

9 – Alega em síntese o contribuinte que foi excluído do Simples e portanto não poderia haver o lançamento em relação aos demais tributos até decisão definitiva quanto à sua exclusão e a inclusão do valor dado em cesta básica aos segurados empregados por não ter natureza remuneratória não poderia ter a incidência da contribuição de terceiros.

10 – Em relação ao argumento de que não se poderia efetuar o lançamento dos tributos devidos em razão do questionamento do ADE da exclusão do Simples, afasto e nego provimento em razão da aplicação da Súmula Carf nº 77:

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

11 – A diligência de fls. 174 deixa claro que a exclusão do SIMPLES ocorrida foi de acordo com os termos da Lei.

12 – Em relação ao argumento de que os valores lançados tratam-se de cesta básica e por isso salário *in natura* afasto-o também em vista da falta de comprovação por parte do contribuinte.

13 – No presente caso o ônus probatório é do contribuinte quando alega de acordo com os termos do artigo 373, II do CPC aplicável ao caso, matéria extintiva do direito do autor:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

14 – Não houve a produção de nenhum tipo de prova quanto aos fatos alegados, apenas alegando situações sem qualquer elemento de prova, sendo como de geral conhecimento, o fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente, conforme antiga máxima expressa no seguinte brocardo jurídico *allegatio et non probatio quasi non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar).

Conclusão

Processo nº 10665.003515/2008-67
Acórdão n.º **2201-004.391**

S2-C2T1
Fl. 187

15 - Diante de todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário e negar provimento nos termos da fundamentação.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso – Relator