



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

Processo nº 10665.003516/2008-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-004.100 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de fevereiro 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 31/12/2006

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.

MATÉRIA NÃO QUESTIONADA.

Aplicação do art 17 do Decreto-Lei 70.235\72 razões recursais dissociadas dos fundamentos da decisão de primeiro grau. Considera-se matéria não impugnada.

APLICAÇÃO DO ART. 106, II, "C" DO CTN.

Necessidade de verificação quando do cumprimento da decisão pela autoridade preparadora quanto aos termos do art. 106, II, "c" do CTN c/c arts. 476 e 476-A da IN 971/09.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas para, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

EDITADO EM: 04/03/2018

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

Relatório

1- Trata-se de Recurso Voluntário (fls.129/145), todas as folhas serão mencionadas pelo seu arquivo PDF, interposto pelo contribuinte contra a R. decisão da DRJ-BHE (fls. 117/122) que julgou improcedente sua Impugnação ao lançamento Auto de Infração — DEBCAD nº 37.024.389-7, lavrado em face do contribuinte acima identificado.

2 – Adoto inicialmente como complemento ao relatório a narrativa constante do V. Acórdão da DRJ (fls. 117/122) por sua precisão e clareza:

"Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa acima

identificada, no montante de R\$1.197.411,45, consolidado em 19/12/2008, que, de acordo com o Relatório Fiscal de fis. 49/54, refere-se a contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à parte da empresa, inclusive as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa resultantes de riscos ambientais do trabalho (GILRAT), incidentes sobre os seguintes fatos geradores:

- Levantamento FNG - Valores pagos aos segurados empregados e contribuintes individuais (sócios - retirada pró-labore e pessoas físicas que prestaram serviço à empresa), não declarados em GFIP, no período de 01/2004 a 12/2006;*
- Levantamento PCB - Valores pagos aos segurados empregados a título de Cesta Básica, no período de 01/2004 a 12/2006. Os valores foram arbitrados, uma vez que o contribuinte intimado a apresentar documentação referente à compra de cestas básicas, não o fez.*

Levantamento F13 - Valores pagos a título de 13º Salário aos segurados empregados, na competência 12/2004.

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 fl. 01. O sujeito passivo apresentou defesa protocolizada em 22/01/2009 (fls. 69/75), que contém em síntese:

- Alega que esteve enquadrado 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 previdenciária patronal a pagar, 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.

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, ainda, a juntada do instrumento de procuração e de todos os documentos que acompanham a defesa e a produção de prova pericial, documental e diligências com a finalidade de se demonstrar os fatos alegados.

Por meio dos documentos de fls. 89/101, 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. 104. O auditor fiscal pronunciado às fls. 106/107, 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 109), cópia do Aviso de Recebimento à fl. 111, para que apresentasse provas de sua alegação. Entretanto, o contribuinte não se manifestou (despacho de fl. 112)."

3 - A decisão da DRJ-BHE (fls.117/122) 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. 126/127) em 02/12/2010, o contribuinte interpôs recurso voluntário às fls. (129/145) 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 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 esse 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. 188 no seguinte sentido:

Em atendimento à Solicitação de Diligência (fls.154), temos a informar que:

- 2. Em 21/10/2008 a empresa tomou ciência (fls. 160) 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. 161 a 164).*
- 3. Em 26/12/2008 o processo 10665.002946/2008-14 foi apensado ao processo 10665.002883/2008-98 (fls. 165) e, em 06/01/2009 encaminhados à DRJ/BHE para julgamento (fls. 166).*
- 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. 167 a 170).*
- 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. 171 a 174)*
- 6. Em 04/02/2010 a impugnação foi julgada improcedente (Acórdão 02-25.426 – 4ª Turma da DRJ/BHE fls. 175 a 182).*
- 7. A ciência do Acórdão foi dada em 08/03/2010 e não houve interposição de recurso (fls. 184 e 185).*

8. Sendo a decisão definitiva na esfera administrativa, os processos foram remetidos ao arquivo em 19/04/2010 (fls. 186).

9. Com estas informações entendo ter prestado os esclarecimentos solicitados no item 7 da Resolução nº 2201-000.290 do CARF.

7 - É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

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

Da Nulidade

9 – Alega o contribuinte que há nulidade por conta do cerceamento do direito de defesa considerando que o contribuinte apenas poderia ter sido acusado de “omitir rendimentos e sofrer seus lucros tributáveis” após prévio e regular processo administrativo de exclusão do Simples.

10 – Ocorre que a presente nulidade não ocorreu, sendo que após diligência realizada ficou comprovado que o contribuinte conseguiu se defender da autuação lavrada, contudo a alegação de omissão de rendimentos e lucros tributados não é aplicável ao presente caso pois estamos tratando de crédito previdenciário e em nenhum momento no relatório fiscal há qualquer tipo de lavratura com base em “arbitramento de lucros”.

11 – Inclusive não houve cerceamento de defesa, pois a DRJ/BHR às fls. 108/109 oportunizou, inclusive, que o contribuinte apresentasse a documentação necessária baixando os autos para diligência.

12 – Contudo, apesar de intimado às fls. 113/115, o contribuinte ficou inerte, deixando transcorrer in albis o prazo sem qualquer manifestação acerca da matéria trazida em defesa quanto à propalada existência de segurados cadastrados em duplicidade no NIT, fls. 116.

13 – A lavratura da autuação respeitou os termos do artigo 142 do CTN e não houve qualquer tipo de nulidade indicados no artigo 59, I e II do Decreto 70.235/72.

14 – Portanto, afasto a alegada nulidade.

Nulidade – ausência da prova da omissão

15 – Deixo de conhecer da presente nulidade, na medida em que seus argumentos e razões são totalmente dissociadas de fundamentos que caracterizam a natureza do tributo ora lançado, sendo meras reproduções de outros recursos outrora interpostos pelo contribuinte sobre outros tributos lançados quando da exclusão do Simples e que pelo princípio da dialeticidade recursal não trazem qualquer fundamento hábil para conhecimento que trate do lançamento das contribuições previdenciárias indicadas no relatório fiscal e portanto, afasto tal nulidade alegada.

Mérito

Certeza e liquidez do lançamento; forma de tributação e requalificação da multa

16 – No mérito, melhor sorte não socorre o contribuinte, devendo ser negado provimento ao recurso. As razões recursais são totalmente dissociadas com o quanto decidido pela DRJ e dos elementos que compõe o lançamento, fazendo menção o apelo à outros tributos

cujo fato gerador, lançamento, base de cálculo e alíquotas são diversos dos lançados nesses autos.

17 – Portanto, nesse caso, entendo por não questionada a matéria, ocorrendo a preclusão quanto aos fatos e demais elementos do lançamento de acordo com Art. 17 do decreto 70.235/72 aplicável ao recurso voluntário pela interpretação sistemática da norma que diz:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

18 – No mais, conforme relatado na preliminar não houve apresentação de qualquer prova por parte do contribuinte para infirmar o trabalho fiscal e portanto o mesmo deve ser mantido por seus próprios fundamentos, sendo a matéria alegada em defesa ônus do contribuinte.

19 – Quanto a requalificação da multa assim decidiu a DRJ:

"A multa e juros cobrados no presente AI possuem o devido respaldo legal e são de caráter irrelevável.

A Medida Provisória nº 449/08, convertida na Lei 11.941/09, modificou a sistemática do cálculo das multas de mora, de ofício e daquelas decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias relacionadas à Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, anteriormente previstas nos artigos 32 e 35 da Lei 8.212/91, acrescentando os artigos 32-A e 35-A.

Conforme comando do citado artigo 35-A, a multa prevista na Lei 9.430, de 27/12/1996, artigo 44, inciso I, passou a ser a aplicável nos casos em que não houver o recolhimento da obrigação principal. Tal multa é única, no importe de 75%, e visa apenar, de forma conjunta, tanto o não pagamento (parcial ou total) do tributo devido (descumprimento de obrigação principal), quanto a não

apresentação da declaração ou a declaração inexata (descumprimento de obrigação acessória), sem haver como mensurar o que foi aplicado para punir uma ou outra infração.

Nesse caso, as duas infrações (descumprimento de obrigação principal e acessória) são verificadas simultaneamente e há incidência de apenas uma multa (de ofício), no montante de 75% do tributo não recolhido.

Tal multa, dirigida a punição de ambas as condutas, não deve ser cumulada com outra penalidade pecuniária por descumprimento de obrigação acessória decorrente da não entrega, ou da entrega inexata, da mesma declaração, sob pena de bis in idem.

Desta forma, para os fatos geradores anteriores à publicação da MP 449/08, quando houver a aplicação da multa prevista no revogado artigo 32, §5º da Lei 8.212/91, que se refere à apresentação de declaração inexata, e também da sanção pecuniária estabelecida no revogado artigo 35 da mesma lei, pelo não pagamento do tributo devido no prazo legal, deverá ser feito o cotejo das duas multas (em conjunto) em relação à penalidade pecuniária da Lei 9.430/96, artigo 44, inciso I, que se destina a punir ambas as infrações já referidas.

O presente Auto de Infração foi lavrado em data posterior à edição da citada medida provisória, o que determina que a Fiscalização deveria ter procedido à comparação entre as multas aplicáveis antes da edição da MP nº 449/2008 com a multa aplicável após sua edição para fins de determinação de qual norma seria a mais favorável ao contribuinte, nos termos CTN, artigo 106, inciso II, alínea 'c'.

Contra este contribuinte foram lançados de ofício os créditos previdenciários listados no Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal - TEPF de fl. 65.

Entretanto, não foi lavrado Auto de Infração por descumprimento da obrigação acessória - omissão de contribuições em GFIP, AI Código de Fundamento Legal - CFL 68. Logo, também não foram comparadas as multas.

Apesar de não ter sido lavrado o Auto de Infração com o Código de Fundamentação Legal - CFL 68, o mesmo continua aplicável, por necessidade de somar a multa por descumprimento da obrigação acessória com a multa aplicada no Auto de Infração com apuração de obrigação principal, para posterior comparação com a multa de 75% prevista no artigo 35-A da Lei 8.212/91, ficando

o resultado da soma limitado aos 75%, objetivando-se manter a regra mais favorável ao sujeito passivo.

Fica, portanto, a critério da Delegacia da Receita Federal de origem a lavratura do Auto de Infração CFL 68, devendo ser observada a Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 14, de 4 de dezembro de 2009."

20 – Pelos fundamentos da decisão da DRJ, portanto, apenas deve-se reconhecer de forma expressa a necessidade da aplicação do artigo 106, II, “c” do CTN no momento nada a modificar, uma vez que deixou de forma clara condicionada à DRF de origem, enquanto não lançada a multa por descumprimento de obrigação acessória para efetuar a comparação entre a mais benéfica ao contribuinte, e, portanto, se não houve lançamento da mesma deve ser mantido a autuação da forma como aplicada.

Conclusão

21 - Diante de todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário e provê-lo parcialmente para reconhecer a necessidade da aplicação do artigo 106, II, “c” do CTN pela autoridade preparadora na forma dos artigos 476 e 476-A da IN 971/09.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso – Relator