



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

Processo nº 10865.003085/2010-41
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-000.790 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente COMERCIO DE CONDIMENTOS PERMEL LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007

PREVIDENCIÁRIO. NULIDADE DO AIPO. MULTA DE MORA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXCLUSÃO DO SIMPLES

Não há nos autos fato ensejador da nulidade do AIOP

Recálculo da multa de mora para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106, II, “c” do CTN.

O CARF não se pronuncia sobre matéria tributária constitucional, nos termos da Súmula nº 2 do CARF.

Não cabe pronunciamento acerca da legalidade da exclusão da recorrente no SIMPLES, vez que discutida em Processo Administrativo específico.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, prevalecendo a mais benéfica ao contribuinte. Vencidos os conselheiros Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro e Carlos Alberto Mees Stringari na questão da multa de mora. Votou pelas conclusões o conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Magalhães Peixoto, Cid Marconi Gurgel de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza e Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Assim relatou a DRJ, *verbis*:

“Trata o presente Auto-de-Infração de Obrigações Principais - AIOP nº 37.247.978-2, de 11/10/2010, de contribuições sociais devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho/RAT, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, bem como cota patronal incidente sobre a remuneração de contribuintes individuais - sócios administradores, cujos valores não foram declarados em GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social. Foram incluídas, ainda, diferenças de acréscimos legais apuradas no período da ação fiscal.

De acordo com o explicitado pela Auditoria, em seu Relatório, serviram de base para o levantamentos as Folhas de Pagamentos, Rescisões Contratuais, GFIP e Guia da Previdência Social - GPS.

E informa que a Empresa foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/LIM - ADE nº 051, de 11/06/2010, por exceder o limite da receita bruta, com efeitos a partir de 01/01/2006, cuja cópia foi acostada aos autos.

Informa, ainda, que as contribuições retidas dos segurados foram integralmente recolhidas pela Empresa.

E continua que a Autuada apresentou GFIP com informações incorretas - alíquota do RAT, CNAE e SIMPLES (correto é 1 - Não optante) como também deixou de incluir as contribuições e as respectivas base de cálculo, objeto da presente autuação.

Em obediência ao art. 106 do CTN, que trata da retroatividade mais benéfica, procedeu-se a comparação da multa vigente à época da ocorrência do fato gerador e a atribuída pela legislação superveniente introduzida pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, no que resultou na aplicação da multa de ofício, da novel legislação, que se mostrou mais favorável ao contribuinte, para todo o período lançado, de acordo com a planilha demonstrativa.

E, por final, informa que a situação descrita constitui, em tese, a prática de crime contra a Seguridade Social, previsto na legislação penal, razão pela qual será formalizada RFPF - Representação Fiscal para Fins Penais, com comunicação à autoridade competente, para as providências cabíveis.

Importa o presente em R\$ 50.766.86 (cinquenta mil, setecentos e sessenta e seis reais e oitenta e seis centavos), consolidado em 11/10/2010.

Tudo de conformidade com o Feito, Relatório Fiscal e demais Anexos integrantes do AI.

A Empresa Autuada foi cientificada em 13/10/2010, conforme fls. 01 dos autos.

E dentro do prazo regulamentar, interpôs Impugnação consubstanciada nas seguintes alegações, em síntese:

a) de início, transcreve o Relatório Fiscal do presente AIOP, que tem origem no Termo de Verificação de Infração Fiscal, lavrado em 27/08/2010, a respeito de seu desenquadramento do SIMPLES e a consequente exclusão, nos limites do ADE nº 51, de 2010:

b) Preliminares, de Nulidade do AI, Reproduz itens do Relatório, para enfatizar a informação do início da ação fiscal, que constou 09/08/2010. Já o Termo de Início de Procedimento Fiscal foi lavrado em 28/09/2010 e ciência ao Representante da Impugnante na mesma data, ocasião que foi intimada a apresentar documentos (doc. 2). Pergunta como a Auditoria desenvolveu seu mister antes do início da ação fiscal. E o conflito entre as datas deixa fragilizada e inconsistente as acusações, tornando nulo o AI;

b) a multa aplicada de 75% (setenta e cinco por cento) tem caráter confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV, da CF. O STF tem repelido a exigência da multa confiscatória e desproporcional e traz doutrina. E o confisco pretendido torna anulável a autuação. Entende, ainda, que a multa é ilegal e arbitrária, pois não respeita o patamar estabelecido pela Lei nº 9.298/96, que alterou a redação do § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90, que transcreve;

c) a presunção contida na autuação é verdadeiro absurdo. Torna a transcrever item do Relatório, que traz sobre a análise das GFIP entregues pelo contribuinte antes do início da ação fiscal em 09/08/2010. Só que o Termo de Início de Procedimento Fiscal foi lavrado e recepcionado pela Impugnante em 28/09/2010. Assim, a fiscalização presumiu. Invoca o art. 112 do CTN e cola aos autos doutrinas e julgados e conclui que a autuação alicerçada em presunção é nula. Discorre sobre discricionariedade e inconstitucionalidade de decisões e atos administrativos e traz a Súmula 473 do STF, que disciplina que a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios, ou revogá-los;

d) a fiscalização teve amplo contato com toda a documentação solicitada e fornecida pela Impugnante, úteis ao desenvolvimento do trabalho fiscal, e a forma de agir demonstra evidente abuso de poder, ao acusá-la de ser devedora da cota patronal vencida e não recolhida e cola doutrina sobre o tema - abuso de poder. Se a fiscalização olvidou os efeitos dos documentos e informações, para não obstaculizar a lavratura do AI, estará

exigindo contribuição indevida, sendo causa para o enriquecimento sem causa do Erário;

e) Mérito. Reporta-se ao seu desenquadramento do SIMPLES, por ter ultrapassado os limites da receita bruta, com efeitos a partir de 01/01/2006, no que resultou no ADE nº 51. Como consequência, foram lavrados AI, exigindo impostos e contribuições, ao fundamento de que durante o exercício de 2005, houve omissão de receitas, a partir de depósitos bancários não escriturados. Contra mencionados AI, insurgiu-se, dentro do prazo regulamentar e com instrumento próprio - impugnações, que, certamente e ao final, serão julgados insubsistentes e improcedentes (doc. 3 a 8) e ficará reintegrada ao SIMPLES e, automaticamente, retirando a qualidade do AI, alvo da presente impugnação. E reproduz parcialmente os argumentos ofertados em oposição aos AI mencionados, formadores do Processo nº 10.865.003248/2010-96;

f) Pedido. Frente às preliminares argüidas, deverá a acusação fiscal ser declarada insubsistente e, se ultrapassadas, frente ao mérito invocado, requer seja julgada improcedente e, por consequência, o arquivamento do AI.

E a síntese dos autos.”

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar aos argumentos da impugnante, a 6ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto – SP - DRJ/RPO, emitiu o Acórdão nº 14-33.369, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Inconformada, a recorrente apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 143/186, com os mesmos argumentos da defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fl. 189, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINARMENTE

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

A recorrente pleiteia a declaração de nulidade do Auto de Infração em tela, ao argumento de que ele é imprudente, inconsistente, arbitrário, ilegal e inconstitucional.

A recorrente sustenta, outrossim, que o Relatório Fiscal trata como se o procedimento de fiscalização tivesse se iniciado em 09/08/2010, quando, na verdade, teve início em 28/09/2010.

Não há como subsistir as supracitadas alegações. Explico:

- (i) Para lavrar a multa a fiscalização se pautou em toda a documentação apresentada pela própria recorrente, bem como descreveu toda a fundamentação de forma cristalina;
- (ii) Conforme constam nas fls. 42/43 dos autos, o procedimento de fiscalização de fato ocorreu em 09/08/2010, com a ciência do Sr. Antônio Aparecido de Mello, Sócio Gerente da recorrente. O que se pretendeu com o TIF de fls. 44/45, foi, tão somente, uma complementação de um procedimento já iniciado

Por esses motivos, não há como prosperar o pleito da recorrente para que o Auto de Infração seja declarado nulo.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabelece que os débitos referentes a contribuições não recolhidas no prazo previsto em lei, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.**

Tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade

benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo), para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

SOBRE AS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

No que tange às alegações de inconstitucionalidades da recorrente, mister destacar que não cabe a esse conselho analisar os referidos argumentos, uma vez que tem como base a ausência de manifestação do Fisco acerca do controle de constitucionalidade de leis, matéria esta já consolidada na Súmula nº 02, do CARF:

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

Por este mesmo motivo, já se afasta de plano o pronunciamento acerca das alegações de inconstitucionalidade levantadas no Recurso Voluntário, dado o impedimento acolhido pela presente Súmula.

DO MÉRITO

Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal lavrado contra a recorrente em decorrência do não pagamento de contribuição previdenciária correspondentes à parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho/RAT, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, bem como cota patronal incidente sobre a remuneração de contribuintes individuais - sócios administradores.

A recorrente foi autuada por ter sido desenquadrada do SIMPLES através do Ato Declaratório Executivo DRF/LIM n. 51, de 11 de junho de 2010, constante na fl. 55 dos autos, que surtiu efeito a partir do dia 01/01/2006.

A recorrente sustenta que está discutindo, nos autos do Processo Administrativo n. 10865.003248/2010-96 o seu reenquadramento ao SIMPLES, tendo juntado parte dos argumentos utilizados no citado processo.

Ocorre que, até o momento, a recorrente não está enquadrada no SIMPLES, motivo este que a torna contribuinte da referida contribuição previdenciária.

Não tendo demonstrado o adimplemento das imputações que lhe foram feitas, deve o Auto de Infração ser mantido.

CONCLUSÃO

Do exposto, julgo procedente em parte o recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto