



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

Processo nº 10920.003224/2010-25
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-004.850 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente S.&S CELULARES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

MOTIVAÇÃO PARA O LANÇAMENTO. MERA CITAÇÃO DO ATO QUE EXCLUIU A EMPRESA DO SIMPLES. ACEITAÇÃO.

Aceita-se como suficiente para motivar o lançamento referente à exigência das contribuições patronais a mera menção ao ato administrativo que provocou a exclusão da autuada do Simples.

PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES TRANSITADO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DAS QUESTÕES ALI TRATADAS.

Tendo o processo de exclusão do Simples transitado em julgado, por falta de manifestação do sujeito passivo no prazo legal, descabe a este tentar abrir, no processo de exigência das contribuições devidas, a discussão acerca das questões que motivaram a sua exclusão do regime simplificado.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO NA SEARA ADMINISTRATIVA.

À autoridade administrativa, via de regra, é vedado o exame da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo vigente.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DECORRENTES DA EXCLUSÃO. LANÇAMENTO. MULTA.

Independentemente do motivo que provocou o cancelamento da opção pelo Simples, é cabível o lançamento das contribuições sociais com a multa e juros correspondentes, desde que exista anterior processo de exclusão do regime simplificado com trânsito em julgado administrativo.

APLICAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 61 DA LEI N. 9.430/1996.

Tendo havido lançamento de ofício das contribuições, não é cabível a aplicação do art. 61 da Lei n. 9.430/1996, posto que este dispositivo é destinado às situações em que o recolhimento fora do prazo é efetuado espontaneamente pelo sujeito passivo.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ronaldo de Lima Macedo, João Victor Ribeiro Aldinucci, Natanael Vieira dos Santos, Marcelo Oliveira, Ronnie Soares Anderson, Kleber Ferreira de Araújo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 07-26.124 de lavra da 6.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Florianópolis (SP), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir o Auto de Infração – AI n.º 37.279.596-0.

O crédito em questão refere-se à exigência das contribuições patronais para outras entidades ou fundos (terceiros).

De acordo com o relatório fiscal, fls. 138/142, a autuada optou, em 22/02/2000, pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, nos termos definidos na Lei n.º 9.317/1996 e alterações posteriores.

Afirma que mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/JOI n.º 554425, de 02/08/2004, o contribuinte foi excluído do Simples, com efeitos a partir de 01/08/2003, por manter atividade econômica vedada a empresas optantes por tal regime tributário.

Assevera que, mesmo diante da exclusão, a empresa continuou a se declarar e a recolher as contribuições lançadas como se fosse beneficiária do regime simplificado de recolhimento de tributos, mantendo apenas o pagamento parcial da contribuição dos segurados.

Informa-se que os fatos geradores foram os pagamentos de remunerações a segurados empregados, conforme valores registrados nas folhas de pagamento.

Cientificado do lançamento em 20/08/2010, o sujeito passivo ofertou impugnação, cujas razões não foram acatadas pelo órgão de primeira instância, que manteve o lançamento na íntegra.

Inconformado, o contribuinte interpôs recurso voluntário, fls. 265/300, no qual, alegou que:

a) é uma empresa de prestação de serviço de assistência técnica de telefones celulares e optou legitimamente pelo Simples em 22/02/2000, conforme facultado pela legislação;

b) foi excluída do sistema mediante ato da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis, sob o pretexto de que sua atividade seria vedada pela lei de regência, haja vista que, sendo empresa especializada em reparos de aparelhos telefônicos, teria necessidade de contar com os serviços de profissional de engenharia;

c) inconformada, solicitou revisão administrativa de sua exclusão do Simples, a qual não foi ainda apreciada, por esse motivo, continuou a efetuar os recolhimentos tributários como se mantivesse a opção pelo regime simplificado;

d) não deve subsistir a autuação em tela, posto que, mesmo que se admita que tenha havido preclusão no seu direito de impugnar o ato de exclusão do Simples, a empresa tem o direito de discutir os lançamentos que se embasaram naquele ato administrativo;

e) ressalta que cabe a discussão da sua exclusão do Simples, posto que no momento em que foi exarado o ato, não houve o lançamento de qualquer tributo, o que veio a ocorrer somente em 2010;

e) nos termos do art. 65 da Lei n.º 9.784/1999, a existência de fatos novos ou circunstâncias relevantes justificam a possibilidade de rediscutir sua exclusão do Simples;

f) como a Administração Pública deve se pautar pela legalidade e pela verdade material, é permitido ao sujeito passivo trazer a baila a ilegalidade do ato de exclusão do Simples;

g) observe-se ainda que, de acordo com o art. 27 da Lei n.º 9.784/1999, o desatendimento de intimação não importa no reconhecimento da verdade dos fatos, nem renúncia a direito pelo administrado;

h) nessa linha de entendimento, ainda que um contribuinte parele ou pague um crédito tributário, que posteriormente saiba ser indevido, haverá sempre o direito de pedir revisão do ato administrativo;

i) no procedimento de exclusão da recorrente do Simples foi negligenciado o princípio do devido processo legal, posto que a marcha processual foi encerrada antes que a recorrente tivesse a oportunidade de se contrapor ao ato administrativo que lhe trouxe prejuízo;

j) a exclusão de ofício do contribuinte do Simples não pode prescindir da prévia intimação para que exerça a ampla defesa e o contraditório a respeito dos fatos que lhes são imputados;

k) essa nulidade do ato de exclusão deve ser reconhecida, conforme se verifica da jurisprudência colacionada;

l) a lavratura é nula posto que não descreve claramente quais os métodos, critérios e formas de abatimento dos créditos indicados no Relatório de Documentos Apresentados;

m) no mérito alega que é singela prestadora de serviços de consertos de celulares, sendo perfeitamente válida a sua opção pelo Simples. Assim, não pode prevalecer o ato que a excluiu do regime, tampouco o auto de infração decorrente;

n) a sua atividade econômica prescinde da atuação de engenheiro, como alegado pelo fisco, uma vez que o conserto de aparelhos telefônicos não consta do rol da Lei n.º 5.194/1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo;

o) de acordo com a Lei n.º 10.964/2004, art. 4.º, inciso V, na redação dada pela Lei n.º 11.051/2004, as pessoas jurídicas que se dedicam a serviços de manutenção de equipamentos ficam excetuadas das restrições do art. 9.º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996;

p) apresenta decisões administrativas e judiciais que entendem pela possibilidade de opção ao Simples pelas empresas que se dedicam à manutenção de aparelhos telefônicos e ainda que tal atividade não se compreende naquelas privativas de engenheiros;

r) não se pode dar uma interpretação restritiva da Lei do Simples, para afastar o seu direito de opção pelo regime tributário sob enfoque;

s) as atividades da recorrente podem ser perfeitamente desenvolvidas sem a atuação de profissionais com qualificação técnica específica, dependendo apenas da experiência prática;

t) não cabe exigência de contribuições destinadas aos terceiros das empresas optantes pelo Simples, além de que são inconstitucionais as contribuições destinadas ao INCRA e ao SEBRAE;

u) a multa de ofício é indevida, posto que no caso não houve falta de pagamento do tributo, mas divergência de interpretação do enquadramento legal da opção do sujeito passivo pelo Simples;

v) não houve portanto situação que pudesse dar ensejo à aplicação de multa por falta de pagamento do tributo ou por declaração inexata; e

x) na aplicação da multa mais benéfica o limite de 20% do tributo devido não pode ser ultrapassado, posto que esse é o patamar fixado no art. 61 da Lei n. 9.430/1996.

Ao final, requereu a reforma da decisão recorrida e a possibilidade de produção de todas as provas em direito admitidas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Preliminares de nulidade

A recorrente aponta mácula no lançamento que conduziria à nulidade da lavratura. Alega que, se não foi intimada da sua exclusão do Simples, é nulo o Ato de Declaratório de Exclusão e também o presente AI, uma vez que foi totalmente fundamentado na sua perda da opção pelo Simples.

Discordo desse entendimento.

As informações constantes no relato do fisco e também no próprio recurso levam-me a convicção de que o contribuinte deixou transcorrer em branco o prazo para se contrapor ao Ato Declaratório Executivo DRF/JOI n.º 554425, de 02/08/2004, que o excluiu do Simples.

O direito de impugnar este ato administrativo encontra-se previsto no § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, verbis:

§ 3.º. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (PAF). (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998).

Nos termos do art. 14 combinado com o art. 15 do Decreto n.º 70.235/1972, o qual regula o contencioso administrativo relativo aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, se a empresa deixar de apresentar a impugnação em trinta dias contados da data em que for feita a intimação da exigência, não se instaurará o contencioso e o direito de se contrapor ao fisco restará precluso.

Assim, tendo o sujeito passivo perdido, em razão do decurso do prazo legal, a faculdade de contestar o ato de exclusão, descabe agora a esse colegiado discutir as razões que levaram a empresa a ter o seu direito de permanecer no regime simplificado de arrecadação de tributos cassado.

Diante disso, é legítimo que a autoridade lançadora tenha apresentado como motivo para exigência das contribuições patronais para os "terceiros" a exclusão da empresa do Simples, haja vista que, a partir da produção de efeitos do Ato Declaratório da RFB, a recorrente passou a ser devedora dos tributos lançados.

Da exclusão do Simples

Quanto ao mérito, verifica-se que a maior parte da argumentação da recorrente resume-se em atacar as causas que motivaram a sua exclusão do Simples.

Ocorre que a discussão acerca da procedência do Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 554425, de 02/08/2004 se esgotou com o trânsito em julgado do processo, no qual a empresa poderia se contrapor às conclusões do fisco, portanto, deve prevalecer o lançamento, uma vez que o principal efeito da exclusão é tornar exigíveis as contribuições patronais.

Ressalte-se em adição que esta Turma de Julgamento sequer detém competência para apreciar questões relativas à exclusão de empresas do Simples, cabendo-nos apenas nos debruçar sobre as lides que envolvem lançamentos de contribuições sociais decorrentes da perda da opção pelo regime simplificado.

Assim, quanto a essa parte do mérito também não assiste razão à recorrente.

Da impossibilidade de reconhecimento pelas instâncias de julgamento administrativo de inconstitucionalidade de lei

Para tratar das alegações de incompatibilidade das contribuições ao INCRA e ao SEBRAE é necessário uma análise da constitucionalidade de dispositivos legais aplicados pelo fisco, daí, é curial que, a priori, façamos uma abordagem acerca da possibilidade de afastamento por órgão de julgamento administrativo de ato normativo por inconstitucionalidade.

Sobre esse tema, note-se que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

O Decreto nº 70.235/1972, que rege o processo administrativo fiscal no âmbito da União, prescreve:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Nessa linha de entendimento, a própria Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando, regra geral, o afastamento de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, a pretexto de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Observe-se que, somente nas hipóteses ressalvadas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência.

No âmbito do julgamento administrativo, a matéria acabou por ser sumulada, como se vê do seguinte enunciado de súmula:

Súmula CARF Nº 2

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

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹. Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre as alegações de inconstitucionalidade de lei e decreto trazidas pela recorrente.

Diante do exposto, não hei de apreciar as alegações de inconstitucionalidade das contribuições ao SEBRAE e ao INCRA.

Multa

Tendo concluído que as contribuições lançadas são devidas é cabível a imposição de multa de ofício sobre o principal apurado pelo fisco, não devendo prevalecer a tese do sujeito passivo de que não houve falta de recolhimento, mas apenas divergência de interpretação quanto à possibilidade de opção da recorrente ao sistema simplificado de pagamento de tributos.

Conforme ponderei acima, não cabe aqui a discussão acerca do mérito da exclusão da empresa do Simples, essa oportunidade o contribuinte perdeu quando deixou de apresentar manifestação de inconformidade contra o ato declaratório de exclusão.

Portanto, cabível a imposição da multa.

Em adição, requer o sujeito passivo também que a multa, se considerada devida, seja imposta observando-se a nova redação dada ao dispositivo em questão pela MP n.

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009, que trouxe ao art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 a seguinte redação:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

O referido art. 61 da Lei n. 9.430/1996 assim prescreve:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

(...)

Ocorre que a aplicação retroativa a que se refere dispositivo acima somente tem lugar quando se está diante de pagamento espontâneo, ou seja, não objeto de lançamento de ofício.

Às situações em que o sujeito passivo deixou de declarar os fatos geradores e recolher as contribuições, levando o fisco a constituir o crédito tributário, a regra da novel legislação é o art. 44, I, da Lei n. 9.430/2006, conforme previsão do art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, introduzida pela MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2008:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

No caso dos autos, a multa foi aplicada conforme a legislação vigente na data da ocorrência do fato gerador, posto que para o período anterior a edição da MP n.º 449/2008, a multa calculada com base no art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, na redação vigente antes da alteração legislativa, mostrou-se mais benéfica.

Descabe portanto a limitação da multa a 20% da contribuição devida, posto que houve o lançamento de ofício das contribuições.

Deixo de acatar o pedido para a produção de novas provas, haja vista que os elementos analisados já são suficientes para concluir pela procedência do lançamento, não havendo necessidade de outras dilações probatórias além daquelas já carreadas ao processo.

Conclusão

Voto por conhecer do recurso, por afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, por lhe negar provimento.

Kleber Ferreira de Araújo.